نَيْلُ النُّخَب

فِي شَرْحِ تَجْرِيدِ قَوَاعِدِ ابْنِ رَجَب

الطبعة الأولى

١٤٤٥ هـ - ٢٠٢٣م

نَيْلُ النُّخَب

فِي شَرْحِ

تَجْرِيدِ قَوَاعِدِ ابْنِ رَجَب

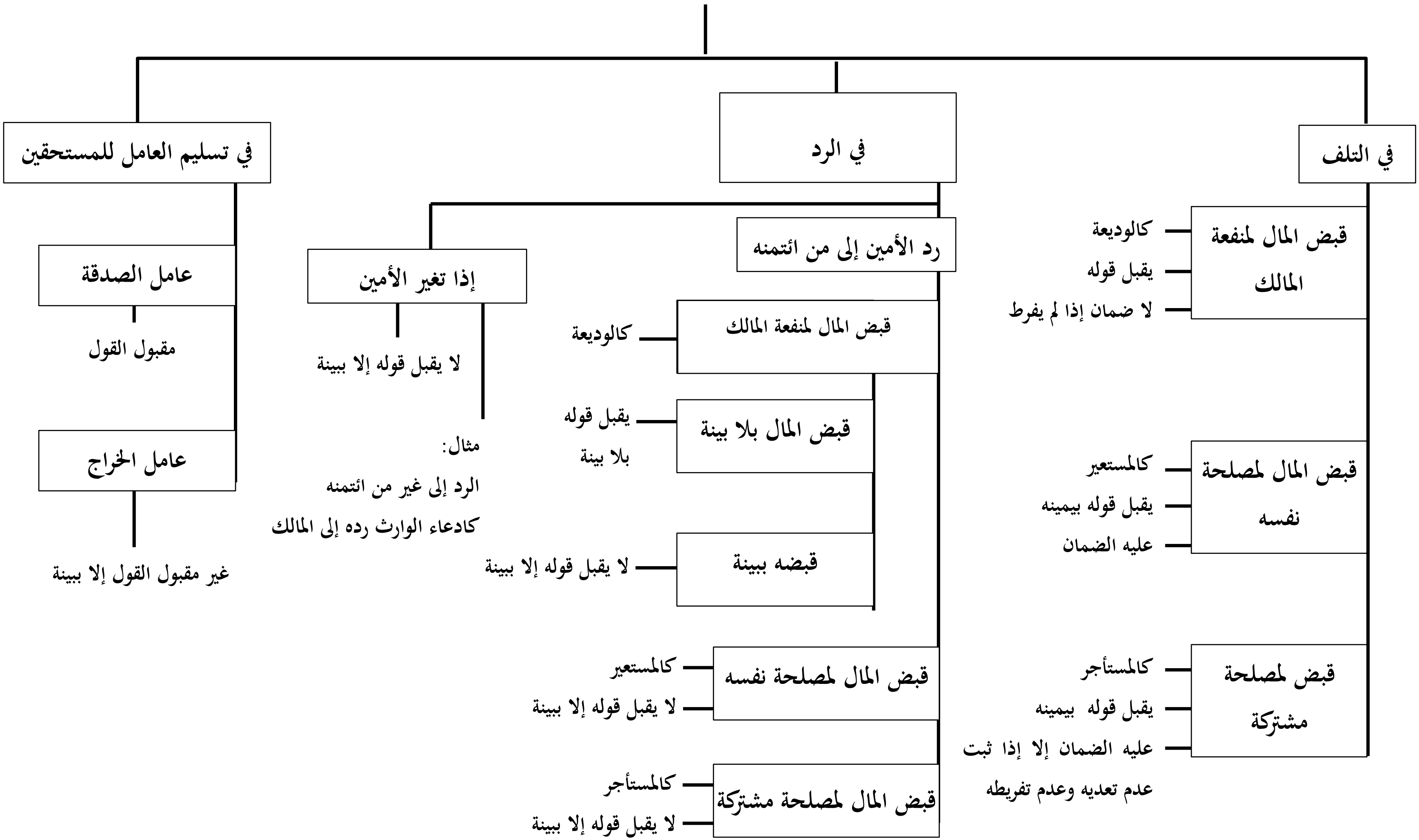
عدنان عبد القادر القادري

الجزء الثاني

بسم الله الرحمن الرحيم

القاعدة الرابعة والأربعون

في قبول قول الأمناء في الرد والتلف



۞ المَتْن

القاعدة الرابعة والأربعون

في قبول قول الأمناء في الرد والتلف: أما التلف فيقبل قول كل أمين، إذ لا معنىٰ للأمانة إلا انتفاء الضمان.

وأما الرد، فالأمناء ثلاثة أقسام:

الأول: من قبض المال لمنفعة مالكه وحده، فالمذهب: أن قولهم في الرد مقبول.

والقسم الثاني: من قبض المال لمصلحة نفسه كالمرتهن، فالمشهور أن قوله في الرد غير مقبول.

القسم الثالث: من قبض المال لمصلحة مشتركة بينه وبين مالكه، ففي قبول قوله وجهان، أشهرهما: عدم القبول.

وإن ادعىٰ الرد إلىٰ غير من ائتمنه بإذنه، أو ادعىٰ وارثه الرد، أو ادعىٰ الرد إلىٰ وارث صاحب الأمانة، فالمشهور عدم القبول في جميع ذلك.

تنبيه:

عامل الصدقة مقبول القول في دفعها إلىٰ المستحقين ولو كذَّبوه بغير خلاف، بخلاف عامل الخراج.

۞ الشَّرح

(في قبول قول الأمناء في الرد والتلف).

الأمين: كل من قبض المال بإذن الشارع كولي اليتيم، أو بإذن المالك كالمستعير.

الرد: ادعاء الأمين أنه أرجع المال إلىٰ مالكه.

التلف: هلاك المال أو فقدانه.

(أما التلف فيقبل قول كل أمين) ينبغي التفريق بين ادعاء التلف والضمان.

أ ـ أما ادعاء التلف فيقبل قول الأمين بيمينه.

ب ـ أما الضمان فغالباً ما يتعلق بالتفريط والتعدي. فربما يكون الأمين صادقاً في ادعاء التلف لكنه تلف بسبب تفريطه أو تعديه، لذا فالأقسام ثلاثة:

القسم الأول: من قبض المال لمنفعة المالك وحده، فالأمين محسن وهو صاحب اليد العليا، فلا ضمان علىٰ المحسن ولكن مع يمينه في ادعاء التلف إلا إذا ثبت تفريطه أو تعديه كالوديعة، وقد سبق ذكر الأدلة.

القسم الثاني: من قبض المال لمصلحة نفسه كالمستعير فهو صاحب اليد السفلىٰ، والمالك محسن وله اليد العليا، فالضمان علىٰ الأمين في جميع الأحوال، إلا إذا كانت المصيبة عامة عمت المالك والأمين.

القسم الثالث: من قبض المال لمصلحة مشتركة بين الأمين والمالك، فالضمان علىٰ الأمين إلا إذا ثبت عدم تفريطه أو تعديه كالمستأجر والمضارب والوكيل بأجر.

(إذ لا معنىٰ للأمانة إلا انتفاء الضمان) لا يلزم الاستئمان عدم الضمان وإلا فكيف يكون المستعير أميناً وهو ضامن كما رجحه المؤلف في القاعدة الثالثة والأربعين.

وقد سبق تفصيل المسألة في القاعدة الثالثة والأربعين.

(وأما الرد؛ فالأمناء ثلاثة أقسام:) أما ادعاء الأمين أنه رد الأمانة علىٰ المالك

كالمستعير إذا ادعىٰ رد العارية إلىٰ المعير ؛ فالأمناء ثلاثة أقسام.

(الأول: من قبض المال لمنفعة مالكه وحده، فالمذهب: أن قولهم في الرد مقبول) مثاله: الوديعة. إذا ادعىٰ الوديع أنه رد الوديعة إلىٰ مالكها فقوله مقبول مع يمينه بلا بينة، فلا يلزمه أن يأتي بالبينة أنه ردها إلىٰ مالكها.

المسألة فيها تفصيل:

❋ **أولاً: إذا أودعه إياها بلا بينة:** لا يلزمه الإتيان ببينة أنه ردها.

۞ الأدِلَّة

١ ـ كما أن المالك لا يلزمه الإتيان ببينة الإيداع فكذا الوديع لا يلزمه الإتيان ببينة الرد.

٢ ـ لأنه يصدق قوله في التلف فكذا في الرد(١).

٣ ـ جميع أدلة قبول قوله في التلف تذكر هنا.

٤ ـ كالمرأة مما خلق في رحمها من الحيضة والحمل مؤتمنة، والله تعالىٰ أمرها بالتقوىٰ والأداء دون الإشهاد(٢). فإذا قالت المطلقة: لا يوجد في رحمي مولود، أو لم أحمل إلىٰ الآن، أو لست حائضاً فهي أمينة في هذا القول فَيُقبل قولها، ولا تلزم بإثبات ادعائها بالأدلة.

٥ ـ لأنه لم يشهد عليها عند دفعها إليه مما يدل علىٰ أنه أمنّه في ادعاء الاستلام من عدمه، فلابد من المساواة عند ردها بلا إشهاد ولا بينة.

---

(٢) الموسوعة الكويتية (٤٣/٢٦).

(٣) التاج والإكليل (٧/٢٨٩).

❋ **ثانياً: إذا أودعه إياها ببينة:** لم تقبل دعوى الرد إلا ببينة.

رواية عن أحمد[١]. وقول مالك[٢].

الدليل:

١ ـ الإشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب، فإذا ثبت بالبينة بأن هذا الحق عليك فلا بد أن تدفعه بالبينة لقول الله تعالى في ولي اليتيم عند دفع المال إلى اليتيم: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[٣] مما دل على وجوبه؛ قال ابن العربي: فيها نكته بديعه أن كل مالٍ قبض على وجه الأمانة بإشهاد لا يُبْرأ منه إلا بإشهاد على دفعه لقوله تعالى: ﴿فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ وهو عنده أمانة فلو ضاع قُبِل قوله. فإذا قال: «دفعت» لم يقبل إلا بالإشهاد لأن الضياع لا يمكنه إقامة البينة عليه وقت ضياعه فلا يكلف ما لا سبيل إليه، والبينة يقدر أن يقيمها حال الدفع؛ فتفريطه فيها موجب عليه الضمان[٤]، فعدم الإشهاد يعد تفريطًا، فوجب فيه الضمان[٥].

٢ ـ لو رضي أمانته بالرد ما كتب عليه الشهادة بالعقد[٦] لأنه ما اشهد عليها عند دفعها إلى الوديع إلا إرادة توثيقها أنه سلمه إياها مما يدل على وجود شك لدى المودع، فلا بد من المساواة عند ردها بالتوثيق لقطع دابر الشك لديه، وإلا فلا فائدة من توثيقها عند دفعها إلى الوديع[٧].

---

(٢) القواعد لابن رجب (٣١٦/١).
(٣) المغني (٢٩٢/٧).
(٤) [النساء: ٦].
(٥) أحكام القرآن لابن العربي (٣٥٦).
(٦) قواعد ابن رجب (٣١٦/١).
(٧) ابن العربي في أحكام القرآن (٣٥٦).
(١) الموسوعة الكويتية (٢٧/٤٣).

فبالرغم من أن اليتيم هو المستفيد وليس ولي اليتيم ؛ إذ الولي محسن ، ولكن الله ﷻ أمر بالإشهاد عند دفع المال إليه لغلبة فساد أولياء اليتامى ، فإذا رده إليه بلا إشهاد يعتبر مفرطًا ، وإذا فرط ضمن.

٣ ـ لأنه لما أشهده عند دفعها إليه وديعة فإن فيها أمانتان: أما الأولى فهي أمانة الاستلام وليس هو فيها محسن ، وأما الثانية فهي أمانة الحفظ فهو محسن فيها. أما الاستلام: فبالإشهاد دل أنه لم يأتمنه في الاستلام والتسليم ؛ فلم يأتمنه على ردها وإلا لما أشهد عليه. وأما أمانة الحفظ بأن يجعلها وديعة عنده فقد ائتمنه على حفظها.

فإذا ادعى ردها فقد ادعى براءته مما ليس بمؤتمن فيه ، فلم يقبل قوله إلا ببينة ؛ وهو قول ابن رشد والقاضي عبد الوهاب وابن عقيل(١).

(والقسم الثاني: من قبض المال لمصلحة نفسه كالمرتهن ، فالمشهور أن قوله في الرد غير مقبول) وهذا فيه خلاف بين العلماء ، ولكن المثال الأوضح: المستعير ، فالمستعير قبض العارية لمصلحة نفسه ، فالمشهور أن قوله في الرد غير مقبول إلا إذا ثبت أنه ردها ؛ وهذا الراجح.

والأدلة هي نفس الأدلة التي ذكرت فيمن قبض المال لمصلحة نفسه من حيث الضمان ، وقد سبق ذكرها في القاعدة الثالثة والأربعين.

(القسم الثالث: من قبض المال لمصلحة مشتركة بينه وبين مالكه ، ففي قبول قوله وجهان ، أشهرهما: عدم القبول) قبض المال لمصلحة الطرفين ؛ كالوكيل بأجر والمستأجر والمضارب. فهنا الأمين ضامن ما لم يثبت بالأدلة أنه لم يفرط ولم

---

(١) مواهب الجليل (٧/٢٨٩) ، الموسوعة الكويتية (٤٣/٢٧) ، قواعد ابن رجب (١/٣١٦).

يتعد، وكذلك في الرد لا يُقبل قوله حتىٰ يثبت بالدليل أنه رد هذه الأمانة إلىٰ مالكها، والأدلة عليه نفس الأدلة التي ذكرت من حيث الضمان، وسبق ذكرها في القاعدة الثالثة والأربعين بحمد الله.

(وإن ادعىٰ الرد إلىٰ غير من ائتمنه بإذنه): كأن يطلب المودِع من الوديع أن يسلم الوديعة إلىٰ عمرو، ثم ادعىٰ الوديع أنه سلمها لعمرو، فهل يقبل ادعاؤه بلا بينة؟

مثال: زيد أودع عمراً عشرة آلاف دينار، وبعد فترة قال زيد لعمرو: سلم هذه الوديعة إلىٰ معاوية. ثم سأله زيد: هل سلمت الوديعة إلىٰ معاوية؟ قال: نعم. فهل يُقبل قول عمرو بلا بينة؟

علىٰ وجهين:

الأول: يقبل.

الثاني: لا يقبل.

بيان المسألة:

❊ **أولاً**: إذا كانت الأمانة لمصلحة الأمين كالعارية أو لمصلحة مشتركة كالمضاربة: فقد سبق البيان فإنه لا يقبل قول الأمين في ردها إلىٰ المالك إلا ببينة، فعدم قبول ادعائه في ردها إلىٰ غير من ائتمنه من باب أولىٰ.

❊ **ثانياً**: إذا كانت الأمانة لمصلحة المالك كالوديعة:

أ ـ فإن كانت سلمت إلىٰ الأمين بإشهاد: فقد سبق البيان بأنه لا يقبل ادعاؤه الرد إلىٰ المالك إلا ببينة؛ فكيف بادعائه الرد إلىٰ غير المالك؟ فلا يقبل ادعاؤه إلا ببينة.

ب ـ إن كانت سلمت إلىٰ الأمين بغير إشهاد قُبِل ادعاؤه الرد إلىٰ المالك بلا إشهاد، أما ادعاء الرد إلىٰ غير المالك فلا يقبل إلا ببينة **للأدلة الآتية:**

١ ـ قال الله تعالىٰ في تسليم الولي الأموال لليتامىٰ بعد بلوغهم: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[١] قال القرطبي: ظاهر الآية أن الإشهاد فرض[٢]، فالأموال أموال الأب، والولي أصبح أمينًا لهؤلاء اليتامىٰ فاستلمها من غير اليتامىٰ بلا إشهاد، فإذا سلمهم المال بعد أن بلغوا سن الرشد لا يقبل قوله إلا بالإشهاد، فهذه الصورة مقاربة إذ سلمها إلىٰ غير من استلمها منه، فوجب عليه الإشهاد؛ وإلا ضمن.

٢ ـ إنما هو أمين لدىٰ المودع إذ لم يكن بينهما وسيط، أما وقد دخل بينهما وسيط فقد دخلت التهمة.

٣ ـ هو أجنبي لدىٰ الطرف الثالث، فإذا ادعىٰ بأنه سلم الأمانة إلىٰ الطرف الثالث ففي جميع الأحوال لا يُقبل قوله لدىٰ الأجنبي سواء لمصلحة نفسه أو لمصلحة الطرفين أو لمصلحة المالك. إذ ليس أمينًا لدىٰ المأمور بالدفع إليه، فلا يقبل قوله عليه، فلا يقبل قوله في الرد إليه[٣].

٤ ـ الأصل عدم الرد[٤] حتىٰ يأتي ببينة الرد، فلا يسقط الأصل بالشبهة وبالاحتمال. فالأصل أنه استلم الأمانة والاحتمال والشبهة أنه سلم الأمانة إلىٰ أجنبي.

---

(٢) [النساء: ٦].

(٣) تفسير القرطبي (٥/٣٠).

(٤) انظر قواعد ابن رجب (١/٣٢٠)، تفسير القرطبي (٥/٣٠)، معونة أولي النهىٰ (٦/٤٦٠ ـ ٤٦١).

(١) انظر الموسوعة الكويتية (٤٣/٢٧).

(أو ادعىٰ وارثه الرد): إذا مات الأمين فقبض الوارث التركة، ثم ادعىٰ الوارث أنه رد أمانة مورِثه الأمين إلىٰ المالك؛ فإنه لا يقبل قوله.

مثال ذلك: أودع عمرو زيدًا عشرة آلاف دينار، ثم مات زيد وورثه ابنه، فقال الابن: قد سلمت الوديعة عَمْراً؛ فلا يُقبل قوله إذا لم يشهد لأن الابنَ أجنبيٌّ لدىٰ عمرو.

الدليل

١ ـ الأدلة السابقة.

٢ ـ الوارث ليس أمينًا لدىٰ المالك؛ فلا يقبل قوله.

(أو ادعىٰ الرد إلىٰ وارث صاحب الأمانة) إذا مات المالك والأمين علىٰ قيد الحياة، ثم ادعىٰ الأمين أنه رد الأمانة إلىٰ الوارث؛ لم يقبل قوله.

مثال: أودع زيد عمراً عشرة آلاف دينار، ثم مات زيد فادعىٰ عمرو أنه رد المال إلىٰ الورثة، والورثة أنكروا، فهل يُقبل قوله؟ لا يُقبل قوله؛ لأنه ليس أمينًا عندهم هو أمين لدىٰ أبيهم، فلا يقبل قوله فيهم.

۞ الأدِلَّة

١ ـ للأدلة السابقة.

٢ ـ لأن المالك الجديد لم يأتمنه عليها(١).

(فالمشهور عدم القبول في جميع ذلك) في المذهب أقوال، لكن المشهور عدم قبول ادعائه في الرد، فلا يُقبل قوله في الرد في جميع الأحوال المذكورة.

---

(١) القواعد (٣٢١/١).

(تنبيه: عامل الصدقة مقبول القول في دفعها إلىٰ المستحقين ولو كذبوه؛ بغير خلاف، بخلاف عامل الخراج) عامل الصدقة وكيل عن الإمام لجمع الزكاة، فلو أخذ الزكاة وقسمها علىٰ مستحقيها بإذن الإمام فأعطىٰ الفقراء والمساكين والمؤلفة قلوبهم من الأصناف الثمانية ثم ادعىٰ أولئك بأنهم لم يُعطوا شيئًا من هذا، فهل يُقبل قولهم فيه أم يقبل قوله؟ قال المؤلف: **(مقبول القول في دفعها إلىٰ المستحقين، ولو كذَّبوه بغير خلاف)**.

لماذا يُقبل قوله بغير خلاف؟

❊ **أولًا**: إن عامل الصدقة ما هو إلا وكيل، وقد يكون وكيل بأجر فهو منتفع، وحصل الانتفاع من الطرفين من قِبل ولي الأمر ومن قبل الوكيل؛ لأنه سيأخذ أجرًا في المقابل، فهو وكيل والوكيل أمين، وكما تبين بأن الوكيل إذا ادعىٰ الرد إلىٰ طرف آخر فلا يُقبل قوله إلا ببينة، فكيف يُقبل قوله هنا؟ قالوا: الصحيح في هذا أنه يُنظر هل يوجد عُرف بأنه لا بد أن يُشهد على دفعه إلى المستحقين، فإذا كان متعارف عليه بأنه يجب أن يُشهد في دفعها للمستحقين فلا يُقبل قوله إلا بالإشهاد، وإذا كان العرف لا يطلب منه بينة قُبِل قوله؛ فكأن ولي الأمر قال له: ادفعها ولا تأتني ببينة. فهو أذن له بأن لا يأتي ببينة، فيُقبل قوله ولو كذبه الآخرون بغير خلاف.

❊ **ثانيًا**: إذا لم يكن ثمة عرف لا بالإشهاد ولا بعدم الإشهاد فهو مقبول القول في دفعها للمستحقين للحرج الناتج من الإشهاد علىٰ كل مال دفع إلىٰ كل مستحق، ولضياع الأمانة بين المحتاجين، ولحاجة المحتاج لمزيد من المال مما يؤدي إلىٰ عدم صدقه في الادعاء.

(بخلاف عامل الخراج) عامل الخراج لا يُقبل قوله إلا ببينة.

لماذا فرقوا بين عامل الخراج وعامل الصدقة؟ مع أن كلا منهما وكيل؟

١ ـ لأن عامل الصدقة يقوم بأمر تعبدي ويقوم بعبادة ولذلك لا يُطلب منه البينة، بينما الخراج من أمور المعاملات؛ والمعاملات يُلزم فيها البينة.

٢ ـ ولأن الخراج دَيْن فلا يقبل قول مستوفيه في دفعه إلىٰ مستحقه. قال ابن رجب: هذا التعليل منتقض بالوكيل في استيفاء دين ودفعه إلىٰ مستحقه؛ فإن قوله مقبول في ذلك. والأظهر يخرج حكم عامل الخراج علىٰ الوكيل: فإن كان متبرعاً فالقول قوله، وإن كان بجعل ففيه وجهان(١).

٣ ـ للحرج الواقع علىٰ عامل الصدقة في إثبات البينة لكل من قبضها لكثرة القابضين، بينما الخراج لا حرج في الإتيان بالبينة لأن القابض من عامل الخراج جهة واحدة ثابتة عند ولي الأمر.

والراجح والله أعلم:

أن القاعدة واحدة لعامل الصدقة وعامل الخراج وكل من قبض المال لمصلحة مشتركة. فإن كان العرف يقضي بعدم لزوم الإتيان بالبينة فلا يُلزم بالبينة، وإن كان العرف يقضي بوجوب البينة فلا بد أن يأتي بالبينة، وإن لم يكن ثمة عرف فلا يقبل قوله إلا ببينة، أما عامل الصدقة فيقبل قوله للحرج في الإتيان ببينة إلا إذا دلت القرائن علىٰ خيانته وعدم صدقه.

۞ المُلَخَّص: في قبول قول الأمناء في الرد والتلف:

أما في التلف فلا يقبل قول الأمين ما دام منتفعاً إلا ببينة.

وأما في الرد فلا يقبل قول الأمين إلا ببينة إلا إذا كان وديعاً قبض بلا بينة، أو كان عاملاً للصدقة؛ للحرج.

---

(١) القواعد (١/٣٢٢).

القاعدة الخامسة والأربعون

عقود الأمانات هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها

- لمصلحة المالك فقط (الأمانة المحضة)
  - كالوديعة
  - تبطل؛ وله حكم الغاصب
  - وعليه الضمان
- لمصلحة الأمين أو الطرفين
  - كالعارية
  - الإجارة
  - تبطل الأمانة؛ وعليه الضمان
  - موقوفة على المؤمِّن
    - إن شاء أبطل العقد
      - الضمان على الأمين.
      - له أجرة المثل إن سلم
    - إن شاء فسخه
      - الضمان على الأمين.
      - له أجرة المثل إن سلم
    - إن شاء أمضاه

۞ المَتْن

القاعدة الخامسة والأربعون(١)

عقود الأمانات هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا؟ المذهب: أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي، والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح.

۞ الشَّرْح

(عقود الأمانات): سميت **بعقود الأمانات** لأن الأمين مؤتمن على حفظها، فمطلوب منه أن يحفظها، فإذا استعار سيارة وجب عليه حفظها بما هو متعارف عليه.

عقود الأمانات أنواع: منها الوديعة، والعارية، والمضاربة والوكالة بأجر، والرهن.

التعدي: مجاوزة ما ينبغي الاقتصار عليه، شرعًا أو عرفًا وعادة.

(هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا؟) مثال: استودعت جارك سيارتك لسفرك، فتعدى بأن استعملها دون إذنك أو أعارها لآخر، أو أجرها دون إذنك؛ فهل ينفسخ عقد الوديعة؟ ولا يجوز له إمساكها؟ ويجب ردها فوراً؟ وعليه الضمان؟

مثال آخر: أعار زيد عمراً سيارته بشرط أن لا يقودها في طريق جبلي، فخالف عمرو الشرط؛ فهل ينفسخ عقد الإعارة؟ ولا يجوز له إمساكها، ويجب ردها فوراً؟

مثال آخر: إذا تعدى الوكيل فباع دون ثمن المثل؛ فهل ينفسخ عقد الوكالة؟ ولا يجوز له إمساكها؟ ولا يصح تصرفه بالبيع؟

العقود تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

(١) انظر أحكام الرجوع (٢/٩٤٤)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣٨/٦٠ ـ ٦١، ٦٩).

القسم الأول: أن يكون عقد الأمانة لمصلحة المالك كالوديعة، وهذا يسمىٰ بعقد الأمانة المحضة. أودع زيد عمراً سيارته لسفره.

القسم الثاني: أن يكون عقد الأمانة لمصلحة الأمين؛ كالعارية، كأن يستعير عمرو سيارة زيد، فالمستفيد المستعير؛ عكس القسم الأول.

القسم الثالث: أن يكون عقد الأمانة لمصلحة الطرفين، كأن يجعل زيد عمراً وكيلًا له بأجر في بيع سيارته.

(المذهب: أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي) الأمانة المحضة هي التي لا مصلحة فيها للأمين كالوديعة؛ فتبطل بالتعدي لأن عقد الأمانة المحضة قائم علىٰ الحفظ وعدم الانتفاع، فإذا تعدىٰ انتقض الأصل فانتقض الحكم وهو العقد، فوجب رد الأمانة علىٰ الفور، ولا يجوز له إمساكها، لأنه لم يصبح أمينًا عليها ويده يد غاصب، وأصبح ضامنًا لها لتعديه.

(والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل علىٰ الصحيح) أن تكون أمانة فيها مصلحة للأمين كالعارية، أو تكون لمصلحة الأمين والمؤمِّن كالوكالة بأجر والشركة والمضاربة والإجارة.

(لا تبطل علىٰ الصحيح)

أ ـ لأن عقد الأمانة الذي لمصلحة الأمين يتضمن عقدين:

١ ـ عقد المنفعة للأمين كالعارية والرهن وهو الأصل.

٢ ـ عقد الأمانة: وهو تبع؛ لأن الحفظ شرط فيها.

ب ـ وكذا عقد الأمانة الذي لمصلحة الطرفين، يتضمن عقدين:

١ ـ عقد المنفعة للأمين والمستأمن (المؤَمِّن) وهو الأصل.

٢ ـ عقد الأمانة: وهو تبع ؛ لأن الحفظ شرط فيها.

المسألة فيها عدة أقوال:

القول الأول: أن العقد يبطل لزوال الائتمان. فلو كان وكالة بأجر بطل عقد الوكالة ولا أجر له ؛ جزم به القاضي أبو يعلىٰ[1].

القول الثاني: فساد العقد. فله أجرة الوكالة ولكن ليست المتفق عليها في العقد لفساده، ولكن له أجرة المثل ؛ وهذا قول كثير من الحنابلة.

مثال: لو كانت الأجرة المتفق عليها في العقد نسبة ثلاثين بالمائة بينما أجرة المثل عشرين بالمائة. فإذا تعدىٰ لم يستحق هذه النسبة وإنما له أجرة المثل.

القول الثالث: صحة العقد، ويصير ضامنًا في أي عيب أو تلف أو نقص وغيرها ؛ وهو المشهور في المذهب ورجحه المؤلف.

والراجح ـ والله أعلم ـ:

أن هذا النوع من العقود وهو المتضمن لأمر آخر غير الأمانة هو عقد مشروط بالحفظ، أي مشروط بعدم التعدي وعدم التفريط، فإذا اختل الشرط المباح فإن العقد يبطل.

ولكن لغلبة حقوق الآدميين فيه فإن الشارع في مثل هذه العقود يجعلها موقوفة علىٰ المؤمِّن: إن شاء أبطله، وإن شاء فسخه وللأمين أجرة المثل، وإن شاء أمضاه. والضمان علىٰ الأمين لتعديه ؛ وهو مقتضىٰ قول المالكية[2].

---

(٢) قواعد ابن رجب (٣٢٥/١)

(١) أحكام الرجوع (٩٤٦/٢) د. فضل عثمان.

۞ الأدِلَّة

١ ـ حديث تلقي الجلب. روىٰ مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**لا تلقوا الجلب، فمن تلقىٰ فاشترىٰ منه فإذا أتىٰ سيدُه السوق فهو بالخيار**»[١].

الجلب: هم الأجانب الذين يجلبون السلع من الخارج ولا يعرفون سعر السوق، فيستقبلهم التجار علىٰ أطراف المدينة ويشترون منهم، فقد يشتري التاجر السلعة بعشرة دنانير بينما تباع السلعة في السوق بمائة دينار، فإذا دخل الأجنبي السوق ورأىٰ سلعته تباع بهذا الفارق بأكثر من السعر فهو بالخيار إن شاء أمضىٰ البيع وإن شاء فسخه، فجعله النبي صلى الله عليه وسلم بالخيار؛ لغلبة حقوق الآدميين بالرغم من أن هذا البيع منهي عنه.

٢ ـ روىٰ البخاري عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**لا تُصَروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعدُ فإنه بخير النظرين بعدَ أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر**»[٢].

صرّىٰ: حقن وحبس. فترك حلبها أيامًا حتىٰ يجتمع لبنها فيكثر، فيظن المشتري أن هذا عادتها فيزيد في ثمنها.

قال التلمساني: لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بفسخ البيع، ولو كان مفسوخًا لم يجعل للمشتري خيارًا في الإمساك ذلك

لأن الحق فيه للعبد[٣].

٣ ـ روىٰ البخاري عن النبي صلى الله عليه وسلم «**أنه نهىٰ أن يخطب الرجل علىٰ خطبة أخيه**

---

(٢) مسلم (١٥١٩).

(٣) البخاري (٢١٤٨).

(٤) مفتاح الأصول للتلمساني (٧١).

حتىٰ يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»[١].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: لما كان النهي هنا لحق الآدمي لم يجعله الشارع صحيحا لازمًا كالحلال، بل أثبت حق المظلوم وسلطه علىٰ الخيار، فإن شاء أمضىٰ وإن شاء فسخ[٢].

تطبيقات

١ ـ الوكيل إذا تعدّىٰ ببيع دون ثمن المثل فللمالك الخيار:

إما الإمضاء مع الضمان وله الأجرة المتفق عليها.

أو فسخ عقد الوكالة، وإمضاء البيع مع الضمان وله أجرة المثل.

أو فسخ البيع وإبطال عقد الوكالة ولا أجر له وتضمينه.

٢ ـ المضارب إذا تعدىٰ مثل الوكالة.

٣ ـ الإجارة، هو عقد تمليك المنافع بشرط الحفظ. فعند التعدي؛ فللمؤجر إما: إمضاء العقد وتضمينه، أو إبطال العقد وتضمينه.

۞ **المُلَخَّص: الأمانة المحضة تبطل بالتعدي، أما الأمانة المتضمنة لأمر آخر فالمؤمن بالخيار وله أجر المثل أما الضمان فعلىٰ الأمين. وفي جميع عقود الأمانات فإنها بالتعدي تصبح موقوفة ومعلقة علىٰ خيار المالك.**

❑ ❑ ❑

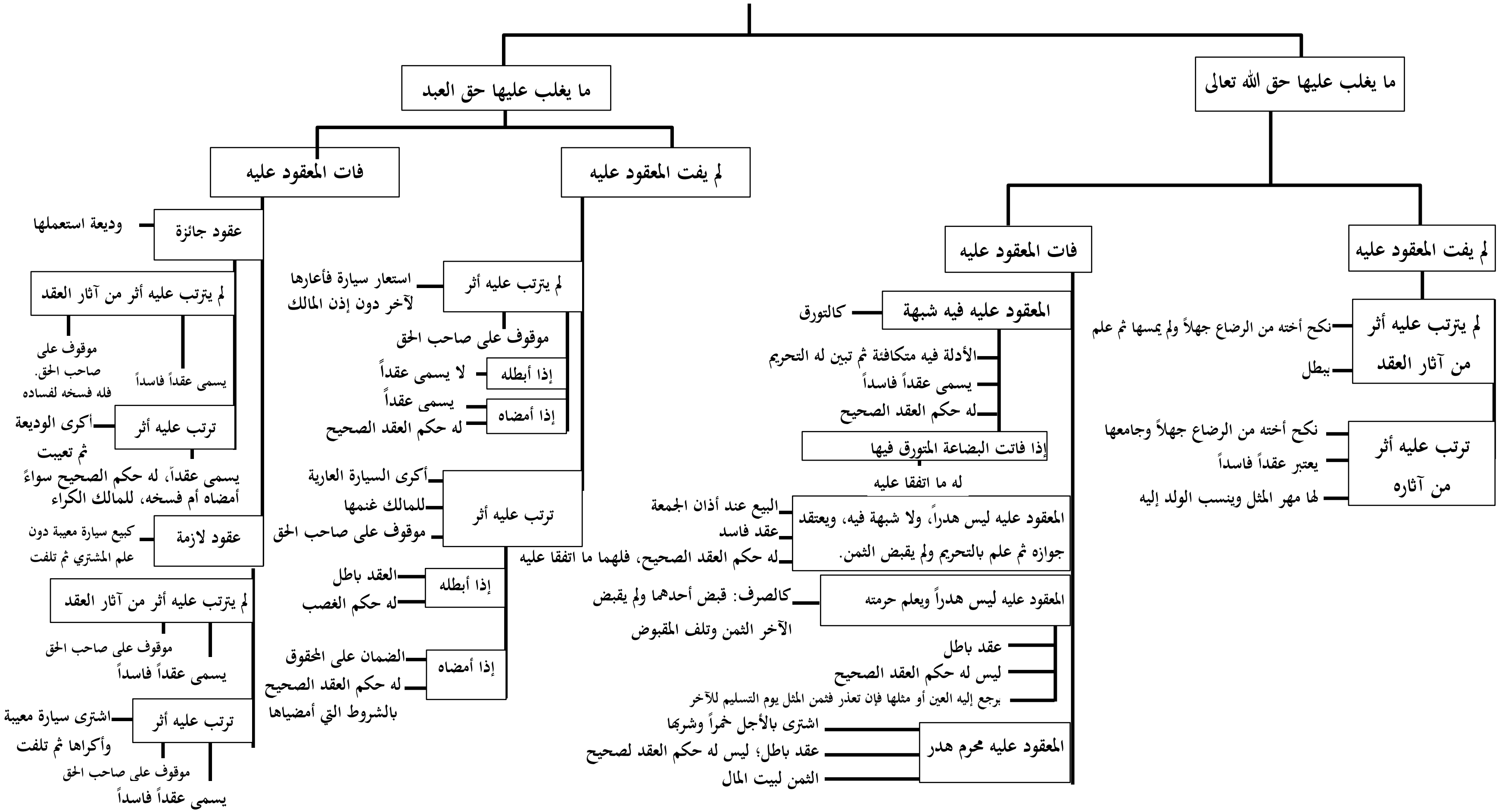
---

(٢) البخاري (٥١٤٢).

(١) مجموع الفتاوىٰ (٢٨٥/٢٩).

القاعدة السادسة والأربعون

العقود الفاسدة؛ هل هي منعقدة؟



۞ المَتْن

القاعدة السادسة والأربعون

في العقود الفاسدة هل هي منعقدة أم لا؟ وهي نوعان:

أحدهما: العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة.

وقد ذكرنا أن إفسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن، لكن خصائصها تزول بفسادها؛ فلا يصدق عليها أسماء العقود إلا مقيدة بالفساد.

النوع الثاني: العقود اللازمة.

فما كان منها لا يتمكن العبد من الخروج منه بقوله كالإحرام فهو منعقد؛ لأنه لا سبيل إلىٰ التخلص منه إلا بإتمامه أو الإحصار عنه.

وما كان العبد متمكنًا من الخروج منه بقوله؛ فهو منقسم إلىٰ قسمين:

أحدهما: ما يترتب عليه حكم مبني علىٰ التغليب والسراية والنفوذ فهو منعقد وهو النكاح والكتابة يترتب عليهما الطلاق والعتق، فلقوتهما ونفوذهما انعقد العقد المختص بهما، ونفذا فيه، وتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد. ففي النكاح يجب المهر بالعقد، حتىٰ لو طلقها قبل الدخول لزمه نصف المهر علىٰ وجه ويستقر بالخلوة، وتعتد فيه من جنس الفرقة لا من حين الوطء، وتعتد للوفاة فيه قبل الطلاق. وفي الكتابة تستتبع الأولاد والأكساب.

والثاني: ما لا يترتب عليه ذلك كالبيع والإجارة. والمعروف من المذهب أنه غير منعقد، ويترتب عليه أحكام الغصب.

۞ الشَّرْح

(في العقود الفاسدة) اختلف العلماء في مسألة العقد الفاسد والعقد الباطل، والبطلان والفساد هل هما واحد أم مختلف. وجمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة لم يفرقوا بين الباطل والفاسد، بينما الذي فرق بين الباطل والفاسد هم الأحناف.

ومن قرأ المسائل الفقهية في كتب المذاهب التي لا تفرق بين الفاسد والباطل يجد فيها التفريق بين الباطل والفاسد، ففرق الشافعية والحنابلة بين الباطل والفاسد فقط في الصلاة، وقال بعضهم في الحج والصلاة، وقال بعضهم في بعض العقود.

وقد فرق جمهور العلماء بين الباطل والفاسد في أغلب الأبواب في المعاملات وفي العبادات، ففرقوا بين العقد الباطل والعقد الفاسد، وفرقوا بين النكاح الباطل والنكاح الفاسد، وفرقوا بين العبادة الباطلة والعبادة الفاسدة في مسائل الحج والصلاة؛ فما الفرق بين الباطل والفاسد؟

العقد الباطل: ما اختل فيه ركن أو شرط وضعي أو واجب من واجباته، أو وقع في محظور فيه، أو كان العقد بنفسه منهياً عنه لغلبة حق الله تعالىٰ عليه.

من صور اختلال **ركن** العقد أن يكون المعقود عليه محرماً؛ إذ المعقود عليه أحد الأركان، أو يكون العاقد غير أهل للعقد كالمجنون؛ إذ العاقد أحد الأركان.

مثال: الصلاة؛ إذا اختل ركن من الأركان كأن يصلي بلا سجود أو صلىٰ بلا ركوع فصلاته باطلة.

أو اختل فيها **شرط** إذ لم يتوضأ عمدًا وبلا عذر، أو لم يستقبل القبلة بلا عذر

فالصلاة باطلة.

أو تعمد **فترك واجبًا** من واجبات الصلاة عمدًا بلا عذر بطلت الصلاة.

فإذا اختل ركن أو شرط أو واجب من الواجبات أو محظور فصلىٰ عند شروق الشمس متحرياً أو تكلم في الصلاة عمداً فقد وقع في محظور أو كان العمل منهياً عنه؛ ففي الجميع العمل باطل لاسيما فيما يتعلق بالعبادات.

وكذا المعاملات كالعقود، فإذا اختل ركن من أركان العقد بطل العقد. فأركان العقد: العاقدان، والصيغة، والمعقود عليه.

فإذا تبايع رجلان: زيد أراد شراء سيارة من عمرو مباشرة، والعاقد عمرو مجنون فاقد الأهلية، فالعقد باطل لأن أحد العاقدين يحرم عقده وهو ركن للعقد.

أو يكون المعقود عليه محرم؛ كأن يشتري ميتة أو خمرًا وهذا أحد أركان العقد.

أو اختل شرط من شروط صحة العقد كأن يعقد بلا تراض، والتراضي أحد الشروط. أو يعقد النكاح علىٰ امرأة بلا رضاها فهذا العقد باطل لأن رضاها أحد شروط صحة العقد، ولذا رد النبي ﷺ نكاح تلك المرأة التي زوَّجها أبوها وهي كارهة[1].

العقد الفاسد: ما كان الخلل في أصل العقد الذي يغلب فيه حق العبد أو اختل فيه أحد شروط المتعاقدين الصحيحة وليس الشرط الوضعي الذي وضعه الشارع أو ما غلب عليه حق الله تعالىٰ ولم يعلم به أي من الطرفين وترتب عليه أثر من آثاره.

---

(١) رواه البخاري (٥١٣٨).

من صوره: أن يشترط استلام الثمن في المجلس، أو تبين فيه غُبن أو تدليس، أو حصل الإخلال فيما يغلب فيه حق الآدمي، أو وجد في العقد شرط فاسد[١].

ولذا أطلق بعضهم وقال: العقد الفاسد هو الذي لم يختل فيه الأصل أي لم يختل فيه شيء من أركانه أو شروطه أو واجباته التي أمر بها الشارع.

وعرفه بعضهم العقد بأثره، فقال: هو ما لم يترتب عليه الأثر المقصود من العقد. وهذا تفسير بالنتيجة وبالأثر وليس تعريفاً له.

وقال بعضهم: هو ما اختل فيه شرط من الشروط، أو توفر فيه مانع من الموانع.

فحصل خلاف في التعريف ولم يذكروا ضابطًا للعقد الفاسد، فتارة يسمونه باطلًا، وتارة لا يسمونه باطلًا ويجعلونه بين البينين؛ بين الصحيح وبين الباطل، وتارة يقسمون الفاسد إلىٰ أقسام: منه ما هو باطل، ومنه ما ليس بباطل.

وربما أقرب تعريف للعقد الفاسد ما كان الخلل في لازم من لوازمه الوضعية ويغلب عليها حق العبد أو اختل أحد شروط المتعاقدين الصحيحة أو غلب عليه حق الله تعالىٰ ولم يعلم به أي من الأطراف وترتب عليه أثر من آثاره.

من صوره تلقي الجلب وبيع المصراة والخطبة علىٰ خطبة أخيه، فهي بيوع منهي عنها لغلبة حق الآدمي وما تتضمنه من عدم رضىٰ الآدمي.

فالنبي ﷺ خيّره ولم يبطله لأنه غلب فيه حق الآدمي، فللآدمي الحق إما أن يبطل العقد وإما أن يمضي العقد؛ فيعتبر فاسدًا حتىٰ يختار الآدمي صاحب الحق.

وكذا إذا اختل أحد شروط المتعاقدين الصحيحة كأن يشترط أن يُسَلِّمه السلعة في

---

(١) انظر الصحة والفساد (٣٨٥ ـ ٣٨٦) لجبريل بن المهدي.

مكان ما فأخلّ في مكان التسليم.

بينما من صور الشروط غير الصحيحة التي لا تخل بالعقد ولا تفسده أن يشترط مالك العبد على المشتري أن الولاء للبائع إذا أعتقه المشتري، فاشتراه فأعتقه ولم يصبح الولاء للبائع؛ فالعقد صحيح والبيع صحيح ولا اعتبار للشرط المحرم.

ولمعرفة العقد الفاسد لا بد من معرفة ما هو الصحيح وما هو الباطل حتى يتضح ما هو الفاسد، وحتى تسهل المسائل التي ذكرها المؤلف في العقود: هل هذه العقود الفاسدة منعقدة أم ليست منعقدة؟

● **الصحة لغة**: هي البراءة من العيب، والسلامة من المرض والآفة.

اصطلاحًا: وصف لما وافق الشرع موافقة دل دليل الشرع على نفوذه والاعتداد به.

(وصف لما وافق الشرع)(١) خرج به كل ما خالف الشرع مخالفة تامة.

(موافقة) نكرة، دخل فيه ما وافق الشرع موافقة تامة، فتم العقد بأركانه وواجباته وشروطه وانتفاء موانعه وضوابطه.

ودخل فيه الموافقة غير التامة؛ كمن صلى ولم يخشع، فما حقق واجب الصلاة لكن الصلاة صحيحة؛ فكيف نميز صحته من عدمها؟ بما دل الشرع على نفوذه.

(دل دليل الشرع) سواء بدليل تفصيلي كالكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس، أو دليل إجمالي كالقواعد الأصولية.

---

(١) المستصفي (١/٢٦١) أمير بادشاه تيسير التحرير (٢/٢٣٥)، ونحوه السبكي في جمع الجوامع (١/٩٩).

(علىٰ نفوذه) علىٰ مُضيه وعلىٰ تحقق أثره.

منها عقد النكاح وعقد البيع وسائر العقود. متىٰ توفرت الأركان والشروط والواجبات وانتفت الموانع ولم ينه الشارع عن العقد مطلقاً ولا مقيداً بالحال التي عقد فيها فقد دل دليل الشرع بأن هذا العقد صحيح ماضٍ، وفي المقابل إذا انتفىٰ شيء مما سبق فقد دل دليل الشرع علىٰ أنه لا ينفذ، فالعقد غير صحيح.

فخرج ما دل الشرع علىٰ عدم نفوذه كنكاح التحليل وبيع العينة وجميع العقود التي فيها تحايل، فهي وإن وافقت الشرع موافقة ظاهرة إلا أنه دل الدليل علىٰ عدم نفوذها.

(والاعتداد به) منها العبادات: من صلاة وصوم وحج إذا توفرت الشروط والأركان والواجبات وانتفت الموانع فهي مجزئة صحيحة.

بل حتىٰ من صلىٰ وفاته الخشوع فصلاته مجزئة معتد بها، وتتعلق بها الأحكام من إسلامه وترك قتله لما دل عليه دليل الشرع علىٰ الاعتداد بها، وكذلك العقود.

لذا لا بد من استجماع الشروط والأركان والواجبات وامتناع الموانع ليصح العمل وخلوه عن النهي.

● **وأما الباطل لغة**: هو الذي ذهب ضياعًا وخسرانًا. البطلان هو ذهاب الشيء، وقلة مكثه ولبثه وعدم ثباته، ومنه قوله تعالىٰ: ﴿ذَٰلِكَ بِأَنَّ ٱللَّهَ هُوَ ٱلۡحَقُّ وَأَنَّ مَا يَدۡعُونَ مِن دُونِهِ ٱلۡبَٰطِلُ﴾[1]، فالباطل الذي لا ثبات له.

اصطلاحًا: وصف لما خالف الشرع مخالفة دل دليل الشرع علىٰ عدم نفوذه وعدم الاعتداد به.

(١) [لقمان: ٣٠].

(وصف لما خالف الشرع) فيخرج كل ما وافق الشرع موافقة تامة.

(مخالفة) نكرة، يدخل فيه ما خالف الشرع مخالفة تامة.

أما المخالفة غير التامة كمن نسي ركنًا أو شرطًا أو واجباً أو وُجد مانع مع استجماعه للأركان والشروط الأخرىٰ.

(دل دليل الشرع) سواء الدليل التفصيلي من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس، أو الدليل الإجمالي كالقواعد الأصولية.

(علىٰ عدم نفوذه) منها العقود التي أبطلها الشارع كنكاح التحليل والزواج بلا ولي فلا يترتب أثرها عليه؛ إذ لعن النبي ﷺ: «**المحلل والمحلل له**»[١]، فلعن الشرع فاعله وأبطله، وقال ﷺ: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل**»[٢].

(وعدم الاعتداد به) كالعبادات التي فقدت بعض أركانها أو شروطها، أو لوجود بعض موانعها، أو لنهي الشارع عنها.

مثال: قول النبي ﷺ للمسيء صلاته: «**ارجع فصل فإنك لم تصل**»[٣]، فأبطل صلاته عندما لم يطمئن، إذ لم يحقق ركن الاطمئنان. وقوله ﷺ لمن صلىٰ خلف الصف منفردًا: «**استقبل صلاتك؛ لا صلاة للذي خلف الصف**»[٤]. لوجود المانع، ومن صلىٰ في مبارك الإبل لنهىٰ النبي ﷺ عنه إذ سئل ﷺ: أصلي في

---

(٢) رواه أحمد (١/٤٤٨) وصححه الترمذي (١١٢٠) وابن القطان وابن دقيق العيد كما في تلخيص الحبير (٣/١٧٠) والألباني في الإرواء (١٨٩٧).

(٣) رواه أحمد (٦/٤٧) وصححه ابن حبان (٤٠٧٤) والألباني في الإرواء (١٨٤٠).

(٤) رواه البخاري (٧٥٧).

(٥) رواه ابن ماجه (١٠٠٣) وصححه البوصيري والألباني.

مبارك الإبل؟ قال ﷺ: لا[1]. وقد ورد الدليل الشرعي الإجمالي «القاعدة الأصولية» أن «النهي يقتضي البطلان». فلا يترتب أثرها على فعله، فلم تكن مجزئة، فهي غير مبرئة للذمة.

ما هو الرأي الصواب في البطلان؟

قاعدة عامة: اعتبر الشيء الذي وجد بصورة محرمة كأنه لم يوجد، فلا يحقق أثره، ثم انظر إلى العمل: هل يصح مع عدم وجود الشيء الذي وجد بصورة محرمة؟ فإن صح؛ فالعمل صحيح، وإن لم يصح فالعمل باطل.

أما على وجه التفصيل:

❋ **أولاً**: فيما يتعلق بأصل الفعل المتضمن للأركان وما يتعلق به من شروط وانتفاء موانع.

فكما قال الأحناف:

١ ـ إذا كان الأصل محرماً منهي عنه فهو باطل: مثاله الزنا وشرب الخمر.

٢ ـ وإذا فقد أحد أركانه: فهو باطل، منها الصلاة بلا ركن الركوع أو الحج بلا وقوف بعرفة.

٣ ـ فإذا وجد أحد الأركان بشكل محرم فما كأنه وجد؛ فهو باطل. منها نكاح إحدى المحارم إذ المعقود عليه ركن، والمعقود عليه محرم لكونه إحدى المحارم؛ فما كأنه عقد عليها. ومنها صوم يوم العيد إذ الوقت ركن لكنه محرم؛ فما كأنه صام.

---

(١) رواه مسلم (٣٦٠).

٤ ـ أو فقد أحد شروطه كالصلاة بلا وضوء فهو باطل.

٥ ـ فإذا وجد أحد الشروط الوضعية بصورة محرمة فهو باطل. منها: بيع المضامين إذ نقل ابن المنذر الإجماع على بطلانه[١]؛ «بيع المضامين باطل لعدم المحل، إذ المحل شرط لصحة البيع فكان باطلًا بالضرورة»[٢].

ومنها الوضوء بماء نجس؛ فما كأنه توضأ، وكذا إذا توضأ بماء مغصوب فما كأنه توضأ لأنه ماء محرم.

وكذا بيع الميتة. ويخرج عليه الصلاة في الأرض المغصوبة، إذ المكان شرط فتوفر بصورة محرمة. وفي جميع هذه الصور هو آثم مع بطلان عمله.

٦ ـ شروط بذلت بقصد ينافي مقصود الشارع فهو باطل.

هو شرط مباح أو وضعي وضعه الشارع بقصد معين ولحكمة، فتعمد المكلف تحقيق الشرط ولكن بقصد ينافي مقصود الشارع فهو ضد مقصوده؛ فحكمه أنه لا اعتبار له ولم يبذل الشرط.

أمثلة

الأول: قال النبي ﷺ: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**»، ثم قال: «**ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله**»[٣].

فالأصل في العقود أنها إذا عقدت فقد تمت في نفس المجلس، ولزمت العاقدين،

(٢) الأوسط (١٠/٣٤).

(٣) انظر تيسير التحرير لأمير بادشاه (١/٣٨٠).

(١) رواه أحمد (٢/١٨٣) وأبو داود (٣٤٥٦) وحسنه الترمذي (١٢٤٧) عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

ولا يشترط فيها المفارقة كعقد النكاح والرجعة. ولكن الشارع خص البيع بفسحةٍ ووقتٍ ممتد يمنحه فيها إمكانية الرجوع، فإذا فارق أحد العاقدين صاحبه بقصد تضييق الوقت فقد نافىٰ مقصود الشارع وعمل ضده؛ فلا اعتبار لهذه المفارقة، فلا يعتبر قد فارقه، ويستمر الحق لأحد العاقدين بفسخ العقد.

الثاني: روىٰ البخاري عن النبي ﷺ قال: «**لا يُجمع بين متفرق، ولا يُفرَّق بين مجتمعٍ خشية الصدقة**»(١).

فزكاة سائمة الغنم من أربعين شاة إلىٰ مائة وعشرين شاة يخرج شاة واحدة، حتىٰ تبلغ «١٢١ شاة» فيخرج شاتين؛ فإذا ملك «١٢١ شاة» ففرقهما إلىٰ مجموعتين أمام الساعي وادعىٰ أن إحدىٰ وعشرين شاة لابنه ومائة شاة له ليظهرهما كأنهما لشخصين مختلفين حيلة ليخرج شاة واحدة فقط حيث زكاة مائة شاة شاة، والمجموعة الثانية إحدىٰ وعشرين شاة لا زكاة فيها؛ فلا اعتبار لهذا التفريق، ووجبت عليه شاتان.

❊ **ثانياً**: يضاف إليه:

١ ـ النهي عن الفعل المتصف بوصف ملازم له أو مجاور له.

يقصد بالوصف الملازم ما كان من أصل العمل سواءً ركناً أم شرطاً أم واجباً. أما المجاور ما كان خارج الأصل وليس جزءاً منه.

فإذا نهىٰ الشارع عن فعل متصف بوصف ملازم له بطل العمل. منه النهي عن صوم يوم العيد؛ فالصوم هو الإمساك عن المفطرات من الفجر إلىٰ الغروب، ومن الفجر إلىٰ الغروب وقت؛ فالوقت ملازم للصوم، فلا يمكن الصوم إلا في

---

(١) رواه البخاري (١٤٥٠).

وقت، وهذا الوقت منهي عن الصيام فيه؛ فالصوم فيه باطل.

ومنها النهي عن الصلاة في معاطن الإبل؛ فالمكان ملازم للصلاة، فلا يمكنه الصلاة بلا مكان. فورود النص بتحريم هذه الصلاة في هذا المكان، فالصلاة محرمة، فكيف يقبل المحرم؟

وإذا نهى عن فعل متصف بوصف مجاور له بطل العمل. منه النهي عن البيع بعد أذان الجمعة، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوۡمِ ٱلۡجُمُعَةِ فَٱسۡعَوۡاْ إِلَىٰ ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلۡبَيۡعَۚ﴾(١). فالوقت ليس ركنًا ولا شرطًا للبيع ولكنه مجاور للبيع؛ وقيل: ملازم له إذ لا بيع إلا في وقت ما، فورد النهي عن البيع في هذا الوقت؛ فأصبح بيعًا محرمًا لحق الله، والبيع المحرم لا يحقق أثره.

ومنه النهي عن طلاق الحائض أو في طهر جامعها فيه. فما علاقة الطلاق بالحيض أو في طهر جامعها فيه؟ فالطلاق شيء والحيض أو الطهر الذي جامعها فيه شيء آخر، لكن الطلاق يجاور حالة من أحوال المرأة وقيل: يلازم حالة من حالاتها إما أن تكون حائضاً أو طاهراً طهراً لم يمسها فيه. أو طهراً وطئها فيه، فالشارع حرم الطلاق في الحالتين الأوليين فكان مانعاً من وقوعه لحق الله تعالى؛ فهذا الطلاق محرم فهو باطل.

٢ ـ إذا نقص واجب من واجباته عمداً بلا عذر.

إذ الواجب جزء من الفعل وليس خارج الفعل. منه التشهد الأول في الصلاة وقراءة الفاتحة، ومنه المهر فهو واجب من واجبات عقد النكاح.

فإذا تزوج بشرط أن لا مهر، والمهر واجب من واجبات الزواج؛ كان النكاح

---

(٢) [الجمعة: ٩].

باطلاً، لذا «نهى النبي ﷺ عن الشغار»(١)، ونكاح الشغار أن يقول: زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي؛ بلا مهر.

أما ما كان لعذر فلا يبطل العمل. منه واجبات الحج؛ إذ يحمل تركها على العذر دائمًا، إذ يكفي أنه تحمل عناء السفر للحج وبذل ماله وجهده ووقته وترك أهله، فلا بد وأن يكون ترك الواجب لعذر الازدحام أو التعب أو غير ذلك، فهو معذور ويجبره بالفدية.

٣ ـ إذا وجد أحد واجباته بصورة محرمة؛ منه المهر المحرم. فإذا اشترطت مهرها خمراً فأمهرها إياه فقد توفر الواجب وهو المهر بصورة محرمة، فعلى القاعدة أن الفعل إذا وجد بصورة محرمة فلا يعتبر موجوداً، فالواجب لم يوجد عمداً فبطل العمل؛ قال ابن تيمية: «لهذا قال كثير من السلف والخلف: إنه إذا اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله مثل أن يشترط أن يتزوجها بلا مهر، أو بمهر محرم؛ فهذا نكاح باطل كنكاح الشغار وغيره؛ وهذا مذهب مالك وأحمد في إحدى الروايتين(٢).

٤ ـ إذا بذل السبب [الفعل] على وجه محرم أو نية محرمة بطل السبب.

من صوره أن يسافر نهار رمضان ليستحل جماع أهله أو لقطع الطريق؛ فالسفر سبب لجواز الفطر والقصر، وقد توفر بصورة محرمة فلا يعتبر مسافرًا فلا يفطر ولا يقصر.

أو تزوج المطلقة ثلاثًا بنية تحليلها للزوج الأول؛ فنيته محرمة إذ أراد الشارع أن يضيق على المطلق ثلاثًا ولذلك حرم عليه أن يراجعها بعد الثالثة، بينما أراد

(٢) رواه البخاري (٥١١٢).

(١) المجموع (٣٤٢/٢٩).

المحلل أن يوسع على الزوج ما ضيقه الشارع عليه فتزوجها ليحللها لزوجها الأول؛ فهل هو أرحم به من الشارع؟ فالمحلل فعل ضد مقصود الشارع فبطل العقد، فيبطل العمل لبطلان النية.

٥ ـ إذا اشترط أحد العاقدين شرطًا ينقض مقصود الشرع من العقد.

إذ تصبح الغاية من العقد هو جعله صورة لتحليل المحرم، ويعتبر حيلة محرمة. من صوره بيع العينة؛ إذ اشترط أن يشتريه منه بعد بيعه بسعر أقل، فالبيع مجرد صورة للقرض الربوي، فأراد أن يحلل القرض الربوي المحرم بصورة بيع فبطل العقد. وجميع العقود التي تعتمد على الحيل المحرمة داخلة في هذا القسم.

❊ **ثالثاً**: إذا اشترط أحد العاقدين شروطاً محرمة في العقد فالشروط ملغاة.

أ ـ إذا كان المشترط يعلم أن الشرط محرمًا فالعقد صحيح والشرط باطل. من صوره أن النبي ﷺ «**نهى عن بيع الولاء وعن هبته**»[(١)]؛ فلو باع الأمة واشترط الولاء صح البيع وبطل الشرط المحرم[(٢)]؛ إذ روى البخاري أن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أرادت أن تشتري بريرة لتعتقها؛ فاشترط أسيادها أن لو اعتقتها فالولاء لهم. فأمرها النبي ﷺ أن تقبل بشرطهم (وهو شرط محرم) ثم قام النبي ﷺ خطيباً فصحح عقد البيع وألغي الشرط المحرم؛ فدل أن الشرط المحرم ملغي ولا اعتبار له وصح العقد.

ب ـ أما إذا كان المشترط لا يعلم أن الشرط محرمًا فهو بالخيار إن شاء أجاز البيع بإلغاء الشرط المحرم وإن شاء فسخه؛ فدل أن الشرط المحرم ملغي ولا اعتبار له.

---

(٢) رواه البخاري (٢٥٣٥).

(١) رواه البخاري (٢٥٦٣).

❁ رابعاً: بطلان المنهي عنه ينقسم إلىٰ قسمين:

الأول: إذا كان النهي يغلب عليه حق الآدمي. فصاحب الحق بالخيار إن شاء أجازه وإن شاء أبطله؛ قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «لما كان النهي هنا لحق الآدمي لم يجعله الشارع صحيحًا لازمًا كالحلال، بل أثبت حق المظلوم وسلطه علىٰ الخيار فإن شاء أمضىٰ وإن شاء فسخ»[١].

۞ الأدِلَّة

١ ـ روىٰ مسلم[٢] عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعًا: «**لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترىٰ منه؛ فإذا أتىٰ سيدُه السوق فهو بالخيار**». ومعنىٰ إذا أتىٰ سيده: أي صاحب السلعة، والجلب: هم الذين يجلبون السلع من الخارج ولا يعرفون سعر السوق. فنهىٰ النبي ﷺ عن تلقي الجلب، وجعل الخيار لصاحب الحق ولم يبطله.

٢ ـ روىٰ البخاري عن النبي ﷺ قال: «**لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعدُ فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعَ تمر**»[٣].

صرّىٰ: حقن وحبس، أي ترك حلبها حتىٰ يجتمع لبنها فيكثر، فيظن المشتري أن ذلك عادتها فيزيد في ثمنها. فنهىٰ عن تصريتها، وجعل النبي ﷺ الخيار للمغبون صاحب الحق وهو المشتري، ولم يبطل العقد.

٣ ـ روىٰ البخاري عن النبي ﷺ «**أنه نهىٰ أن يخطب الرجل علىٰ خطبة أخيه**

---

(٢) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٢٨٥).

(٣) مسلم (١٥١٩).

(٤) رواه البخاري (٢١٤٨).

حتىٰ يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب»(١). فنهىٰ النبي ﷺ عن هذه الخطبة وجعل للخاطب الأول الحق في إمضاء عقد الخاطب الثاني أو إبطاله.

فهذا يسمىٰ عقداً فاسداً لغلبة حق العباد، فهو موقوف علىٰ إجازة صاحب الحق.

الثاني: إذا كان يغلب عليه حق الله تعالىٰ فالنهي يقتضي فساد المسبب وبطلانه.

الدليل

١ ـ فساد نكاح ذوات المحارم، ولا دليل عليه إلا النهي المذكور في القرآن ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾(٢).

٢ ـ روىٰ البخاري(٣) عن النبي ﷺ قال: «**إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام**»، ثم قال: «**قاتل الله اليهود. إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه**». فحرم النبي ﷺ الثمن وهو أحد آثار البيع (أحد مسبباته)، مما دل علىٰ بطلان عقد البيع مما غلب عليه حق الله تعالىٰ، ولم يخير الشارع فيه البائع ولا المبتاع.

---

(٢) رواه البخاري (٥١٤٢).

(٣) [النساء: ٢٣].

(٤) البخاري (٢٢٣٦).

٣ ـ روىٰ الإمام أحمد عن النبي ﷺ قال: «**إن الله تعالىٰ إذا حرم شيئًا حرم ثمنه**»(١)، فحرم أحد آثار العقد على المحرم وهو الثمن مما دل على بطلان العقد.

ومن صوره نكاح التحليل، وستر العورة بمحرّم (كالصلاة بثوب حرير لم تستر العورة إلا به) وطلاق الحائض، ومُلابسة النجاسة في الصلاة عمداً، والصلاة في معاطن الإبل، والطلاق في طهر جامع فيه، والكلام في الصلاة، والبيع عند أذان الجمعة؛ فجميعها يغلب عليها حق الله تعالىٰ.

❊ خامساً: الآثار المترتبة علىٰ العقود الباطلة والفاسدة والمفسوخة(٢).

١ ـ إذا فسخ البيع قبل التقابض سواءً لتحريم أصله أو ركنه أو شرطه أو واجباته، أو لتحريم أصله لصفة فيه «كالبيع عند أذان الجمعة» لم يترتب عليه شيء.

٢ ـ إذا بطل العقد أو فسخ بعد التقابض ولم يكن لأي منهما الخيار، **ولم يفت المعقود عليه**، ولم يترتب عليه أي أثر من آثاره؛ رد المعقود عليه.

كما لو نكح أمه أو أخته من الرضاع عالمًا بذلك، أو باع عند أذان الجمعة، أو باع خمرًا أو كلبًا؛ فهذا العقد باطل فإذا لم يفت لم يترتب عليه أثر: فيرد المال إلىٰ صاحبه، ويرد السلعة إلىٰ صاحبها.

٣ ـ إذا بطل العقد بعد التقابض ولم يكن لأي منهما الخيار **لغلبة حق الله تعالىٰ وفات المعقود** عليه رد مثله أو قيمته.

---

(٢) رواه أحمد (١/٢٤٧، ٢٩٣، ٣٢٢) وأبو داود (٣٤٨٨) وصححه الشيخ أحمد شاكر والألباني في غاية المرام (٣١٨).

(١) انظر القواعد والضوابط المالية عند ابن تيمية (٢/٢٢١)، مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٤٠٨) (٢٧/٢١٧ ـ ٢٢١)، قواعد ابن رجب، الصحة والفساد (٣٨٦)، قواعد ابن اللحام (١/٣٧٣).

كما لو باع طعاماً محرماً ليس هدراً كشحم ميتة فاستعمله المشتري يرد مثل الطعام إلىٰ المالك، ويرد المالك إليه الثمن. فإذا لم يوجد المثل أصبح في الذمة.

وإذا نكح أخته من الرضاع فجامعها ثم علم بَطَلَ العقد ولها مهرها المسمىٰ وإلا فمهر المثل بما استحل فرجها.

أما إذا كان المعقود عليه هدراً وقد فات؛ فلا يجمع لمن فوّته واستعمله بينه وبين الثمن.

كمن اشترىٰ الخمر وشربه فلا يرد الثمن إلىٰ البائع ولا يترك المشتري بلا غرامة وإنما ينظر الحاكم كيف يتصرف فيه.

٤ ـ إذا فسخ العقد ولم يكن لأي منهما الخيار **وترتبت عليه آثار**.

نكح امرأة فحبلت منه ثم تبين له أنها أخته من الرضاع فله حكم العقد الصحيح فلها المهر، والمولود ينسب إليه لشبهة في العقد. وهذا من باب العدل، ودفع الظلم، وتقدير المصالح والمفاسد.

مسألة: أي مهر لها؟ لها مهر المثل، أم المهر المسمىٰ.

٥ ـ إذا كان أحد العاقدين بالخيار بين إمضاء العقد أو فسخه **لغلبة حق العبد** إما لعيب أو غبن أو لتخلف شرط أو لتعدي أحد العاقدين **مع عدم فوات العين** كتلقي الجلب، وبيع المصراة، ومن عقد عقداً بشروط كالوكالة أو المضاربة فتعدىٰ الوكيل. فإذا فسخاه، رد كل منهم المقبوض إلىٰ صاحبه. وإذا أمضياه؛ أمضياه علىٰ ما اتفقا عليه؛ للإذن السابق بينهما.

٦ ـ إذا كان أحد العاقدين بالخيار بين الإمضاء أو الفسخ **لغلبة حق العبد مع**

فوات العين فأمضياه أمضيا على ما اتفقا عليه من الثمن لوجود الإذن المسبق للمالك.

من صوره بيع الجلب والمصراة والوكيل.

٧ ـ أما مع عدم وجود الإذن المسبق للمالك مع فوات العين؛ كبيع الغاصب والفضولي: فعليه رد المثل، وإذا لم يستطع؟ فينظر إلىٰ ما كان الأصلح للمالك: فيأخذ المالك ثمن المثل، وما زاد من نمائه فإنه يحبس منه أجرة العامل سواءً كان غاصباً أم فضولياً ليحكم بها القاضي، وما زاد فلبيت مال المسلمين.

❋ **سادساً: العقود الباطلة؛ وهي قسمان:** ما يغلب عليها حق الله تعالىٰ، وما يغلب عليها حق العبد.

القسم الأول: التي يغلب عليها حق الله تعالىٰ

وهي نوعان: ما لم يفت المعقود عليها، وما فات المعقود عليه.

النوع الأول: لم يفت المعقود عليه.

نكح أخته من الرضاع ثم تبين له، أو باع مع أذان الجمعة، أو صرف مائة دينار بمائة وعشرين ريالاً ولم يقبض الريالات. وهذا له حالتان:

الحالة الأولىٰ: لم يترتب عليه أي أثر من آثار العقد.

أ ـ نكح أخته من الرضاع، وأصدقها ولم يمسها ثم تبين له. فإنه يبطل العقد من يوم إبرامه كأن لم يكن، ويفرق بينهما ويرجع إليه المهر. فهذا يسمىٰ عقداً باطلاً إذ لم يترتب عليه أي أثر من آثاره.

مثال آخر: كمن باع مع أذان الجمعة، والثمن والمثمن لم يتصرف فيه أي منهما فإنه يبطل.

مثال آخر: صارفه من غير جنسه ولم يقبض الصرف ولم يتصرف الآخر بالثمن فإنه يبطل.

الحالة الثانية: ترتب عليه أثر من آثاره.

مثال: نكح أخته من الرضاع جهلاً بكونها أخته وجامعها سواءً قضى بينهما بولد أم لم يقض، وهي ما زالت على قيد الحياة، ويمكن التفريق بينهما ولم يفت المعقود عليه:

أ ـ تثبت الآثار وتصحح. فينسب إليه الولد، وكلاهما أصبح ثيباً بطريقة مباحة، ويقضى لها المهر بما استحل من بضعها، ولكن يفرق بينهما، ويفسخ العقد من حين علمه ويسمى عقداً فاسداً.

ولكن هل لها المهر المسمى؟ أم لها مهر المثل؟

فإذا أمهرها عشرة آلاف دينار ولكن مهر المثل خمسة آلاف؛ فهل تستحق العشرة آلاف التي أخذتها واستحل بها بضعها؟ أم تستحق فقط الخمسة آلاف؟ اختلف العلماء في هذا.

هل العقد الفاسد الذي ترتبت عليه بعض الآثار يستحق الثمن الذي تراضيا عليه أم ثمن المثل؟

الراجح ـ والله أعلم ـ: أن لها المهر المسمى الذي تراضيا عليه، وله حكم العقد الصحيح، وهذا رأي تقي الدين ابن تيمية.

۞ الأدِلَّة

١ ـ قال الله تعالى ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ﴾ وقال سبحانه ﴿وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ

ﭐلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾ فيجب إقامة العدل بين الناس، فالذي قال: «لها مهر المثل» أراد العدل، والذي قال: «لها المهر المتفق عليه» أراد العدل، فأيهما أقرب إلىٰ العدل؟

يقال: كيف قيَّمتم وقلتم بأن لها مهر المثل؟ قالوا: قيَّمنا هذا علىٰ اعتبار أن العقد صحيح الذي لم يسم صداقه.

يقال: وكذا يحتج من قال بأن لها المهر المتفق عليه بأنه تم التقييم علىٰ اعتبار أن العقد صحيح ولكنه قد سمىٰ صداقه! فأيهما الأعدل أن يحكم لها بما تراضيا عليه أم بما لم يتراضيا عليه؟ الأعدل أن تعطىٰ ما تراضيا عليه لأنه أشبه بالواقع، وأقرب إلىٰ الصواب، وأرضىٰ للقلوب، وأبعد عن الشحناء والشعور بالظلم.

٣ ـ لما تعذر العقد هنا قدرنا وجود عقد يعرف به البدل الواجب فيه، فتقدير عقدهما الذي عقداه أولىٰ من تقدير ما لم يوجد بحال ولا رضيا به ولم يعقده غيرهما.

٤ ـ إذا كان لا بد من التقدير والتقريب فما كان أشبه بالواقع كان أولىٰ بالتقدير وأقرب إلىٰ الصواب.

٥ ـ الصواب أنه لا يجب في الفاسد قيمة العين أو المنفعة مطلقًا لأن العين لو أمكن ردها أو رد مثلها لكان ذلك هو الواجب لأن العقد لما انتفىٰ وجب إعادة كل حق إلىٰ مستحقه والمثل يقوم مقام العين. أما إذا كان الحق قد فات مثل الوطء في النكاح الفاسد والعمل في المؤاجرات والمضاربات والغبن في المبيع: فالقيمة ليست مثلًا له وإنما تجب في بعض المواضع: كالمتلف والمغصوب الذي تعذر مثله للضرورة؛ إذ ليس هناك شيء يوجد أقرب إلىٰ الحق من القيمة

(إذ لا يوجد بينهما عقد) فكان (ثمن المثل) هو العدل الممكن كما قلنا مثل ذلك في القصاص ودية الخطأ وأرش الجراح، واعتبرنا القيمة بتقويم الناس؛ إذ ليس هناك متعاقدان تراضيا بشيء. وأما هنا فقد تراضيا بأن يكون المسمىٰ بدلًا عن العين أو المنفعة، والناس يرضون لها ببدل آخر فكان اعتبار تراضيهما أولىٰ من اعتبار رضا الناس(١).

النوع الثاني: فات المعقود عليه.

اشترىٰ خمرًا فشربها وصرف البائع الثمن، أو باع طعاماً مع أذان الجمعة فأكله.

تفصيله

الحالة الأولىٰ: أن يكون **المعقود عليه فيه شبهة** للخلاف فيه بين العلماء. كالتورق؛ فجمهور العلماء يرون جواز التورق بضوابط معينة، ولكن بعض العلماء كعمر بن عبد العزيز وتقي الدين ابن تيمية وهي رواية عن الإمام أحمد يرون التحريم، وأن التحريم فيه لغلبة حق الله تعالىٰ وهو الربا، وأدلة الفريقين فيه متقاربة. فإذا تبين له التحريم وقد باع المثمن وفات المعقود عليه؛ وقد استُعمل المال والمشتري الأخير انتفع بالمبيع؛ فله الثمن المتفق عليه بينهما والذي تراضيا عليه وليس القيمة.

فإذا سأل عن التورق فأفتوه بجوازه فتعامل به ثم نظر في الأدلة وتبين له تحريمه بعدما فاتت البضاعة والأموال في يده؛ فماذا يفعل؟ له الثمن المتفق عليه برضا الطرفين وليس القيمة، وقد سبق.

الحالة الثانية: أن يكون المعقود عليه محرماً هدراً.

---

(١) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٤٠٩ ـ ٤١٠).

كمن اشترىٰ خمرًا فشربها ، أو استأجر علىٰ الغناء بالموسيقىٰ «بالمعازف» .

الحالة الثالثة: أن يكون المعقود عليه ليس هدراً ويعتقد جوازه ثم تبين له أو ترجحت لديه حرمته ؛ فالثمن علىٰ ما تراضيا عليه وليس بقيمة المثل لما سبق من الأدلة. كمن باع مع أذان الجمعة وتلف المبيع .

الحالة الرابعة: المعقود عليه لا شبهة فيه وليس هدراً ويعلم حرمته. كمن صارفه من غير جنسه فقبضه أحدهما ولم يقبض الآخر الصرف ؛ لكن المقبوض تلف ؛ فله المثل فإن لم يوجد فله ثمن المثل يوم تقبيض المستحق لعلمهما بحرمته. فالأصل بطلان البيع ؛ فلما تلف المثمن وليس له مثل كان له حكم الإتلاف .

مسائل:

❊ **أولًا:** هل ترد الأجرة علىٰ الزاني ؟ هل يجمع له بين الأجرة والاستمتاع ؟

❊ **ثانيًا:** ماذا تفعل الزانية بالأجرة إذا لم تقبضها ثم تابت ؟

❊ **ثالثًا:** ماذا لو تابت بعد قبضها ؛ هل يحل لها ؟

والذي اشترىٰ الخمر وشربها ؛ هل يرد إليه الثمن الذي دفعه فيكون استمتع بالخمر وأخذ المال ؟ وهل يحل المال لبائع الخمر ؟ ماذا لو تاب إلىٰ الله ﷻ وقد قبض هذا المال ؛ هل المال ماله ؟ أم يرجع المال إلىٰ صاحبه ؟ أم يتصدق به ؟ أم يجعله في بيت مال المسلمين ؟ ماذا يفعل بهذا المال ؟

استأجر آخر ليعزف له فعزف ودفع له الأجرة ، فهذا انتفع بالموسيقىٰ وذاك انتفع بالمال ، ففات المعقود عليه .

مسألة (١): إذا تاب بعد قبض المال المحرم.

التائب إذا حصل علىٰ أموال محرمة ثم تاب إلىٰ الله ﷻ؛ كيف يتصرف بها؟ أقام بنكًا ربويًا وبعدما استتم البنك وأصبحت له شهرة تاب إلىٰ الله ﷻ، كان قد بدأ بمائة مليون والآن أصبح يتعامل بعشرة مليارات، فهل يرجع إلىٰ مائة المليون التي بدأ بها مشروعه ويتخلىٰ عن الباقي؟ أم يعتبره ماله؟ فيه خلاف بين العلماء علىٰ أقوال:

القول الأول: يخرج من هذا المال ويرجع إلىٰ ماله الأصلي؛ وهذا قول جمهور العلماء؛ بدأ بمائة فيأخذ المائة مليون التي بدأ بها فقط ويتخلص من الباقي.

القول الثاني: أن له كل ما حصل عليه؛ وهذا رأي تقي الدين ابن تيمية، واستدل لذلك بعدة أدلة.

١ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ فَمَن جَآءَهُۥ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾(١).

ثم قال سبحانه: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ۝٢٧٨ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾(٢).

بينت هذه الآية حكم أموال المرابي في حالتين:

(٢) [البقرة: ٢٧٥].
(١) [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

الحالة الأولى: قَبَض رأس ماله وشيئًا من الزيادة الربوية، وتَبَقَّى الجزء الآخر من الزيادة الربوية لم يقبضها بعد ثم تاب. أما ما قبضه من رأس ماله والزيادة الربوية فهي له ولا يجب عليه أن يردها؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمۡرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۖ﴾ له كل ما قبضه من رأس ماله والزيادة الربوية. وأما ما تبقى ولم يقبضه فلا يجوز له أن يأخذ منه شيئًا لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمۡ تَفۡعَلُواْ فَأۡذَنُواْ بِحَرۡبٖ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦۖ﴾(١).

الحالة الثانية: لم يقبض شيئًا من الزيادة الربوية سواء قبض رأس ماله أم لم يقبضه، فلا يجوز له أن يأخذ إلا رأس ماله لقوله تعالى: ﴿وَإِن تُبۡتُمۡ فَلَكُمۡ رُءُوسُ أَمۡوَٰلِكُمۡ لَا تَظۡلِمُونَ وَلَا تُظۡلَمُونَ﴾.

قال تقي الدين ابن تيمية - رحمه الله - في حق الكافر إذا أسلم وقد رابى قبل إسلامه وقبض الربا: «يبقى في حقه بمنزلة ما لم يحرم؛ فإن الإسلام يغفر له به تحريم ذلك العقد والقبض. فيصير الفعل في حقه عفواً، فيجري في حقه مجرى الصحيح في حق المسلمين.. بخلاف ما لم يتقابضوه فإنه لا يجوز لهم بعد الإسلام أن يقبضوا قبضاً محرماً لقول الله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ﴾ فأمرهم بترك ما بقي في الذمم من الربا، ولم يأمرهم برد المقبوض، وقال النبي ﷺ: «**من أسلم على شيء فهو له**»(٢)، كذلك ما استولى عليه أهل الحرب من أموال المسلمين ثم أسلموا فإنه لهم بسنة

(٢) [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

(٣) رواه سعيد بن منصور وحسنه الألباني في الإرواء (١٧١٦).

رسول الله ﷺ واتفاق السلف وجماهير الأئمة[١].

أما المسلم الذي وقع في المحرمات وأكل أموال الناس بالباطل عالمًا بتحريمه متبعًا لهواه ثم تاب، هل حكمه كالكافر إذا تاب فله ما سلف وأمره إلى الله تعالى؟ أم أن حاله أسوأ من الكافر؟

رجح ابن تيمية أن له جميع ما قبضه لاسيما إذا كان قبضه بموافقة العاقد الآخر. ويستدل له بالآية السابقة ﴿فَلَهُۥ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾، وبالأدلة الآتية.

٢ ـ قال تقي الدين ابن تيمية: «الأظهر في الدليل والقياس أن هذا ليس بأسوأ حال من الكافر المعاند الذي ترك استماع القرآن كبرًا وحسدًا وهوى، أو سمعه وتدبره واستيقنت نفسه أنه حق من عند الله ولكن جحده ظلمًا وعلوًا: كحال فرعون وأكثر أهل الكتاب والمشركين.

٣ ـ **التوبة تمحو الذنوب**: والتوبة كالإسلام، فإن النبي ﷺ الذي قال: «**الإسلام يهدم ما كان قبله**»[٢]، هو الذي قال: «**التوبة تهدم ما كان قبلها**»[٣]. فإذا كان العفو عن الكافر لأجل ما وجد من الإسلام الماحي،

٤ ـ والحسنات يذهبن السيئات.

٥ ـ ولأن في عدم العفو تنفير عن الدخول لما يلزم الداخل فيه من الآصار والأغلال الموضوعة على لسان هذا النبي ﷺ، فهذا المعنى موجود في التوبة

(٢) مجموع الفتاوى (٢٢/٨ ـ ٩)، (٢٩/١٥٧).

(٣) رواه مسلم (١٢١).

(١) لفظ الحديث: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» رواه ابن ماجه (٤٢٥٠) وأبو نعيم (١٠/٣٩٨) وحسنه الألباني. انظر السلسلة الضعيفة (٦١٥).

عن الجهل والظلم. فإن الاعتراف بالحق والرجوع إليه حسنة يمحو الله بها السيئات وفي عدم العفو تنفير عظيم عن التوبة وآصار ثقيلة وأغلال عظيمة على التائبين.

٦ ـ قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَن تَابَ وَءَامَنَ وَعَمِلَ عَمَلًا صَٰلِحًا فَأُوْلَٰٓئِكَ يُبَدِّلُ ٱللَّهُ سَيِّـَٔاتِهِمْ حَسَنَٰتٍ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾(١).

فإذا كانت تلك التي تاب منها صارت حسنات، لم يبق في حقه بعد التوبة سيئة أصلًا، فيصير ذلك القبض والعقد [أي المحرم] من باب المعفو عنه ويصير ذلك الترك من باب المعفو عنه، فلا يجعل تاركاً لواجب ولا فاعلًا لمحرم»(٢).

التنفير عن التوبة

٧ ـ لاسيما وقد قال المؤمنون: ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا﴾، «**قال الله: نعم**»(٣)، أي نعم قد رفعت عنكم هذه الأثقال والآصار، فهذا المعنى موجود في توبة المسلم عما وقع فيه من الظلم.

والله يحب التوابين ويحب المتطهرين، والله أفرح بتوبة عبده ممن أيقن الهلاك ثم أتاه الفرج في لمحة البصر بعد اليأس منه.

٨ ـ «والرجل قد يعيش مدة طويلة لا يصلي ولا يزكي، وقد لا يصوم أيضًا، ولا يبالي من أين كسب المال، أمن حلال؟ أم من حرام؟ ولا يضبط حدود النكاح

---

(٢) [الفرقان: ٧٠].

(٣) مجموع الفتاوى (٢٢/١٧ ـ ١٨).

(١) رواه مسلم (١٢٥).

والطلاق وغير ذلك، فهو في جاهلية، إلا أنه منتسب إلىٰ الإسلام، فإذا هداه الله وتاب عليه فإن أوجب عليه قضاء جميع ما تركه من الواجبات وأُمِر برد جميع ما اكتسبه من الأموال والخروج عما يحبه من الأبضاع إلىٰ غير ذلك صارت التوبة في حقه عذابًا، وكان الكفر حينئذ أحب إليه من ذلك الإسلام الذي كان عليه فإن توبته من الكفر رحمة وتوبته وهو مسلم عذاب»[(١)].

مسلم يتمنىٰ الكفر

٩ ـ وأعرف طائفة من الصالحين من يتمنىٰ أن يكون كافرًا ليسلم فيغفر له ما قد سلف؛ لأن التوبة عنده متعذرة عليه أو متعسرة علىٰ ما قد قيل له واعتقده من التوبة، ثم هذا منفِّر لأكثر أهل الفسوق عن التوبة، وهو شبيه بالمؤيس للناس من رحمة الله.

١٠ ـ... فينبغي لهذا المقام أن يحرر، فإن كفر الكافر لم يسقط عنه ما تركه من الواجبات وما فعله من المحرمات بعد التوبة لأنه معذور؛ وإنما غفر له لأن الإسلام توبة، والتوبة تَجبُّ ما قبلها، فيشبه ـ والله أعلم ـ أن يجعل حال هؤلاء في «جاهليتهم كحال غيرهم». ا. هـ من مجموع فتاوىٰ شيخ الإسلام ابن تيمية بتصرف[(٢)].

١١ ـ ومما يدل علىٰ صحة هذا الرأي أن من وقع من المسلمين في حد من الحدود كالسرقة أو الزنىٰ ولم يقدر الحاكم علىٰ القبض عليه فطوىٰ صفحته ثم تاب فإن الحد يسقط عنه، وهو قول للحنابلة والشافعية وتقي الدين ابن تيمية وابن القيم، لقول الله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ

(٢) مجموع الفتاوىٰ (٢١/٢٢٥).

(١) المجموع (٢١/٢٢ ـ ٢٢) (٢٩/١٥٧).

فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوْ يُصَلَّبُوٓاْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِى ٱلدُّنْيَاۖ وَلَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْۖ فَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[1].

١٢، ١٣ ـ ولإعراض النبي ﷺ عن ماعز لما اعترف بالزنا وكذا الغامدية. «وردهما مراراً وهما يأبيان إلا إقامة الحد عليهما، إذ التوبة مطهرة، والحد مطهر وهما اختارا التطهير بالحد علىٰ التطهير بمجرد التوبة، وأبيا إلا أن يطهرا بالحد فأجابهما النبي ﷺ.

١٤ ـ وأرشد النبي ﷺ إلىٰ اختيار التطهير بالتوبة علىٰ التطهير بالحد فقال في حق ماعز: «هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه»[2]، ولو تعين الحد بعد التوبة لما جاز تركه»[3].

١٥ ـ «وفي الصحيحين من حديث أنس قال: كنت مع النبي ﷺ فجاء رجل فقال: يا رسول الله، إني أصبت حداً فأقمه عليّ. ولم يسأله عنه. فحضرت الصلاة فصلىٰ مع النبي ﷺ فلما قضىٰ النبي الصلاة قام إليه الرجل فأعاد قوله؛ قال ﷺ: «أليس قد صليت معنا؟ قال: نعم. قال ﷺ: فإن الله ﷻ قد غفر لك ذنبك»[4]. فهذا لما جاء تائباً بنفسه من غير أن يطلب غفر الله له، ولم يقم عليه الحد الذي اعترف به؛ وهو إحدىٰ الروايتين عن أحمد وهو الصواب»[5]. فالتائب من الذنب كمن لا ذنب له.

---

(٢) [المائدة: ٣٣، ٣٤].

(٣) رواه أبو داود (٤٤١٩، ٤٤٢٠) وحسنه الألباني في الإرواء (٢٣٢٢).

(٤) أعلام الموقعين (٢/٩٨).

(٥) رواه البخاري (٦٨٢٣).

(١) أعلام الموقعين (٢/٩٧ ـ ٩٨).

١٦ ـ وعن أبي سعيد الخدري، أن نبي الله ﷺ قال: «**كان فيمن كان قبلكم رجل قتل تسعة وتسعين نفسًا، فسأل عن أعلم أهل الأرض فدل علىٰ راهب، فأتاه فقال: إنه قتل تسعة وتسعين نفسًا؛ فهل له من توبة؟ فقال: لا. فقتله؛ فكمل به مائة، ثم سأل عن أعلم أهل الأرض فدل علىٰ رجل عالم فقال: إنه قتل مائة نفس؛ فهل له من توبة؟ فقال: نعم، ومن يحول بينه وبين التوبة؟ انطلق إلىٰ أرض كذا وكذا فإن بها أناسًا يعبدون الله فاعبد الله معهم، ولا ترجع إلىٰ أرضك فإنها أرض سوء. فانطلق حتىٰ إذا نصف الطريق أتاه الموت فاختصمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب؛ فقالت ملائكة الرحمة: جاء تائبًا مقبلًا بقلبه إلىٰ الله. وقالت ملائكة العذاب: إنه لم يعمل خيرًا قط. فأتاهم ملك في صورة آدمي، فجعلوه بينهم، فقال: قيسوا ما بين الأرضين، فإلىٰ أيتهما كان أدنىٰ فهو له، فقاسوه فوجدوه أدنىٰ إلىٰ الأرض التي أراد، فقبضته ملائكة الرحمة**»[1].

ماذا يفعل بالمال الحرام لكسبه فمنه ما كانت عينه مباحة مثل من يبيع عيناً ولكن لن يتخذه خمراً، أو منفعته مباحة في نفسها مثل أن يستأجر من يعصر له عنباً ليتخذه خمرا. ومنه ما كانت عينه محرمة مثل بيع خمر أو خنزير أو ميتة فهو ثمن لعين محرمة، أو المعاملة محرمة، مثل مهر البغي، أو غصب مالاً؛ فعين المال مباح لكنه أكتسبه بالغصب[2].

مسألة (٢): إذا تاب قبل قبضه.

إذا تابت البغي قبل قبضها الثمن فلا يقضىٰ به للبغي، وإذا تاب بائع الخمر قبل قبضه ثمن الخمر فلا يقضىٰ به له، ولا يترك للزاني ولا لمشتري الخمر بعد شربه

(٢) رواه مسلم (٢٧٦٦).

(٣) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٣٢٠، ٣٠٨ ـ ٣٠٩)، الزاد (٤/٢٥١ ـ ٢٥٤) نقلاً عن ابن تيمية.

لئلا يجمع للزاني بين مال العوض والزنا المعوَّض، ولا يترك الثمن لمشتري الخمر لئلا يجمع المشتري بين الخمر وثمنه[١]. ففي ذلك:

١ ـ إعانة له على الإثم والعدوان.

٢ ـ وتيسير المعصية لأصحاب المعاصي.

٣ ـ ويتضمن الجمع بين الظلم والفاحشة والغدر إذ من أقبح القبيح أن يستوفى عوضه من المزني بها ثم يرجع فيما أعطاها قهراً.

٤ ـ وقبح هذا مستقر في فطر جميع العقلاء، وهذا مما تصان الشريعة عن الإتيان به.

٥ ـ ولا يطيب للقابض أكله، لأن النبي ﷺ حرمه[٢]. إذ قال ﷺ: «إن الله حرم الخمر وثمنها»[٣]. ونهى النبي ﷺ عن مهر البغي[٤]. وقال ﷺ: «مهر البغي خبيث»[٥].

كيف يُصْرف؟

الثمن لا يطيب لهم أكله فيصرف في مصالح المسلمين ولا يسمى صدقة. «فإذا تابت البغي أو الخمّار قبل القبض وهم فقراء: جاز أن يصرف إليهم بمقدار حاجتهم، أو يعطى ما يكون له رأس مال يتجر به، أو يقترض منه ليتكسب به، ويتبرع بالباقي»[٦].

---

(٢) انظر الزاد (٤/٢٥١)، مجموع الفتاوى (٢٩/٣٠٨ ـ ٣٠٩) بتصرف.

(٣) انظر الزاد (٤/٢٥١ ـ ٢٥٤).

(٤) رواه أبو داود (٣٤٨٥).

(٥) رواه البخاري (٢٢٣٧).

(٦) رواه مسلم (١٥٦٨).

(٧) مجموع الفتاوى (٢٩/٣٠٨ ـ ٣٠٩)، الزاد (٤/٢٥١).

وإذا اعتقد أنه يجب عليه أن يتصدق به فإنه يثاب عليه، أما إذا تصدق به وهو يعلم حرمته كما يتصدق المالك بملكه فهذا لا يقبله الله تعالىٰ «**إن الله طيب لا يقبل إلا طيبًا**»(١). وقال النبي ﷺ «مهر البغي خبيث»(٢)(٣).

مسألة (٢): إذا لم يتب وهو في قبضته.

فإنه يصرف في مصالح المسلمين: بناء مستشفيات ومدارس وأمثالها، ولا يعتبر صدقة ولا وقفاً لله تعالىٰ، فلا يصرف في المساجد ولا الأوقاف، ولا يصرف في وجوه القربة والصدقة مثل إفطار صائم أو طلب العلم الشرعي.

مسألة (٣): إذا لم يتب ولم يقبضه.

فإذا لم تتب الزانية ولم تقبض الثمن، أو لم يتب بائع الخمر ولم يقبض الثمن فلا يقضىٰ به له، ولا يترك للزاني ولا لمشتري الخمر بعد شربه لئلا يجمع للزاني بين مال العوض والزنا المعوَّض، ولا يترك الثمن لمشتري الخمر لئلا يجمع المشتري بين الخمر وثمنه(٤). ففي ذلك:

١ ـ إعانة له علىٰ الإثم والعدوان.

٢ ـ وتيسير المعصية لأصحاب المعاصي.

٣ ـ ويتضمن الجمع بين الظلم والفاحشة والغدر إذ من أقبح القبيح أن يستوفىٰ عوضه من المزني بها ثم يرجع فيما أعطاها قهراً.

(٢) رواه مسلم (١٠١٥).

(٣) رواه مسلم (١٥٦٨).

(٤) انظر مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٣٠٩).

(٥) انظر الزاد (٤/٢٥١)، مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٣٠٨ ـ ٣٠٩) بتصرف.

٤ ـ وقبح هذا مستقر في فطر جميع العقلاء، وهذا مما تصان الشريعة عن الإتيان به.

٥ ـ ولا يطيب للقابض أكله، لأن النبي ﷺ حرمه[١]. إذ قال ﷺ: «إن الله حرم الخمر وثمنها»[٢].

ونهى النبي ﷺ عن مهر البغي[٣]. وقال ﷺ: «مهر البغي خبيث»[٤].

كيف يصرف؟

الثمن لا يطيب لهم أكله فيصرف في مصالح المسلمين ولا يسمى صدقة. «فإذا تابت البغي أو الخمّار قبل القبض وهم فقراء: جاز أن يصرف إليهم بمقدار حاجتهم، أو يعطى ما يكون له رأس مال يتجر به، أو يقترض منه ليتكسب به، ويتبرع بالباقي»[٥].

القسم الثاني: أما إذا غلب عليه حق العبد

إذا اختل شيء من لوازم العقد أو الشروط فهو بالخيار إن شاء فسخه وإن شاء أمضاه.

● وهو نوعان: إذا لم يفت المعقود عليه، وإذا فات المعقود عليه.

النوع الأول: إذا لم يفت المعقود عليه؛ وهو إما أنه لم يترتب عليه أي أثر، أو

---

(٢) انظر الزاد (٤/٢٥١ ـ ٢٥٤).
(٣) رواه أبو داود (٣٤٨٥).
(٤) رواه البخاري (٢٢٣٧).
(٥) رواه مسلم (١٥٦٨).
(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٣٠٨ ـ ٣٠٩)، الزاد (٤/٢٥١).

ترتب عليه أثر من آثاره.

الحالة الأولىٰ: إذا لم يترتب عليه أثر. **مثل**: أن يتلقىٰ الجلب، أو يستعمل الوديعة، أو الوكيل يستعمل لنفسه البيت الموكل بتأجيره أو السيارة الموكل بتأجيرها، أو اتفق المستعير مع آخر أن يعيره العارية دون إذن المالك. فلتعديه أو تفريطه زالت أمانته، وأصبح ضامنًا إلىٰ أن يقرر المالك بين الفسخ أو الإمضاء إذ العقد مشروط ضمناً بعدم التعدي أو التفريط. فالمالك بالخيار؛ إن شاء أمضاه وإن شاء فسخه.

الحالة الثانية: إذا ترتب عليه أثر من آثار المعقود عليه.

أجّر المستعير العارية بلا إذن من المالك، أو تصرف المستأجر في المؤجَّر بما لم يأذن به المؤجِّر؛ مثل أن يؤجره السيارة للسفر فيها إلىٰ مكان ما واشترط عليه عدم السفر إلىٰ مكان معين فخالفه وسافر إلىٰ المكان المحظور فأصابها عيب. فهو في حكم الغاصب فيما لم يؤذن له فيه، فللمالك الأجرة وزالت الأمانة فيما سبق، وأصبح ضامنًا. وفي جميع الأحوال هو بالخيار إن شاء أمضاه وإن شاء فسخه. فهل للمتعدي حق في الأجرة؟ سبق بيانه في الغاصب.

النوع الثاني: إذا فات المعقود عليه.

مثال: كمن وكل في بيع طعام بثمن المثل فباعه دون ثمن المثل وفيه غبن، فَأُكِل الطعام قبل أن يتداركه المالك. فسد عقد الوكالة، ويصحح البيع لتعذر استيفاء المعقود عليه، ويكون بمثابة الجروح والأرش، والوكيل السابق ضامن للغبن وضامنًا لما تبقىٰ من الطعام الذي لم يُبَع منذ أن خالف الشرط إلىٰ أن يحكم المالك في استمرار العقد أو فسخه.

مثال آخر: الشريك أو المضارَب إذا تعدىٰ في الشركة أو فرط وخسرت الشركة: يفسد عقد الشراكة، ويضمن مال الشريك، ويصحح ما سبق مما فات وهو بمثابة الجروح والأرش، ويصبح العقد موقوفًا علىٰ الشريك المغبون فهو بالخيار بين استمرار العقد أو فسخه لا سيما فيما بقي من المال.

(هل هي منعقدة أم لا؟) هل فسادها يمنع نفوذ التصرف فيها؟

(وهي نوعان: أحدهما: العقود الجائزة) وهي التي يجوز لكل من المتعاقدين فسخها دون رضا الآخر؛ ما لم يكن في فسخها ضرر علىٰ أحد المتعاقدين.

(كالشركة) وهي ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر علىٰ جهة الشيوع.

الشيوع: مالك نصيب محدد وأسهم معلومة، لكن هذا النصيب غير معين.

(والمضاربة) عقد شركة في الربح بمال من جانب علىٰ وجه الشيوع وعمل من جانب[١].

(والوكالة) استنابة جائز التصرف آخر جائز التصرف فيما يقبل النيابة.

(وقد ذكرنا أن إفسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن) فإذا تعدىٰ في الوكالة أو المضاربة فباع دون ثمن المثل، أو فرط فامتنع من بيعه زمن ارتفاع الأسعار.

صح ما باعه بالتعدي. وقد ذكر المؤلف ابن رجب في ذلك قولين:

القول الأول: أن العقد لا يبطل ولكنه يفسد. فلا ينفسخ العقد، ولكن تزول الأمانة ويصبح ضامنًا، ويصبح تصرفه بالإذن؛ هذا المشهور وقول كثير من الأصحاب.

القول الثاني: أن العقد يبطل، فتزول الأمانة ويبطل التصرف.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (٣٦/٣٨).

فالراجح ما سبق تفصيله فإذا غلب عليه حق العبد فهو موقوف علىٰ إذن الطرف الآخر ؛ لأنه عقد مشروط بشرط مباح فإذا اختل الشرط اختل العقد[١] ، فإن أجازه صح ، وإن لم يجزه ؛ ينظر:

أ ـ إن أمكن رده أو رد مثله فهو الواجب.

ب ـ إما إذا فات فله الثمن المتفق عليه بينهما وإلا فثمن المثل حسب التفصيل المذكور آنفاً.

مثال: وكلت شخصًا في بيع سيارة بثمن المثل وهي تعادل ثمانية آلاف دينار ، فباعها بخمسة آلاف. فهذا تعدٍ ، فهو غير أمين ويعتبر ضامناً للمال المتبقي ، لكن هل البيع صحيح ؟ المالك بالخيار يمكنه أن يصحح البيع ، لكن الضمان علىٰ الوكيل.

س: كيف يصحح البيع ؟

جـ: بأن يقال: إن عقد الوكالة فاسد وليس بباطل ، فاسد من حيث سقوط الأمانة عن الوكيل ، فهو ضامن النقص وضامن التعدي والبيع صحيح. فهو ليس باطلاً وليس صحيحاً ، ولكن بين بين ؛ فيسمىٰ بالعقد الفاسد ؛ لذا قال: وقد ذكرنا أن إفسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن. فصحح المؤلف التصرف فيها ببقاء العقد ولكن الذي فسد هو الأمانة. فهو موقوف علىٰ إذن المالك ؛ فإن أجازه جاز البيع وجاز العقد ، وإن لم يجزه بطل العقد إذا أمكن الحصول علىٰ العين ولم تفت ، والمتعدي في الأمانة ضامن للنقص الذي حصل في الموكل فيه.

---

(٢) انظر القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية للحصين (٢/٢٢٠) ، مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٤٠٩ ـ ٤١١).

(لكن خصائصها تزول بفسادها) خصائص تلك العقود من حيث الأمانة وعدم الضمان[١]، فتزول عنه الأمانة، ويصبح ضامنًا في جميع الأحوال.

(فلا يصدق عليها أسماء العقود إلا مقيدة بالفساد) فلا تكون صحيحة لاختلال شيء من شروط العقد الصحيح أو واجباته، ولا تكون باطلة؛ وإلا لم ينفذ التصرف فيها من بيع أو شراء أو غيره، إنما يسمَّى عقدًا فاسدًا لصحة التصرف فيه ببيعه أو تأجيره إياه وزوال خصائص العقد الصحيح كالأمانة والضمان وغيرها.

(النوع الثاني: العقود اللازمة) هي التي لا يجوز لأي من المتعاقدين فسخها دون رضا الآخر. ولها حالتان:

الحالة الأولى: (فما كان منها لا يتمكن العبد من الخروج منه بقوله كالإحرام فهو منعقد) بعدما عقده فسد العقد، ولكنه لا يستطيع أن يبطله بالقول ولا كذلك بالفعل فهو منعقد، فليس باطلًا ولا صحيحًا.

مثاله: لو أحرم بالحج ثم جامع أهله في عرفة فجر يوم النحر بعد شهودها قبل مزدلفة وقبل التحلل الأول فإنه يستمر فيه مع فساده أي يتمادى في حجه؛ لقول الله تعالى: ﴿وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِۚ﴾[٢].

ولكن هذا أمر غير مجمع عليه في التمادي:

١ ـ القول بالتمادي: مروي عن عمر رضي الله عنه[٣]، وعلي رضي الله عنه بسندين ضعيفين[٤].

---

(٢) انظر مجموع الفتاوى (٢٩/٤٠٦ ـ ٤٠٧).

(٣) [البقرة: ١٩٦].

(٤) ضعيف لا يصح، رواه ابن المسيب وعطاء ومجاهد عن عمر ولم يسمعوا منه، انظر البيهقي (٥/١٦٧) والمحلى لابن حزم (٧/١٩٠) ورواه مالك بلاغاً (١/٣٨١).

(١) رواه مالك بلاغاً (١/٣٨١) والبيهقي (٥/١٦٧) عن مالك.

ومروي عن ابن عباس وابن عمر وابن عمرو ؛ أتىٰ رجل إلىٰ عبد الله بن عمرو بن العاص فقال: وقعت علىٰ أهلي وأنا محرم. فقال: اذهب إلىٰ عبد الله بن عمر فسله. فذهب إلىٰ عبد الله بن عمر فسأله فقال: بطل حجك، وامض في النسك، ثم من العام القادم عليك حجة أخرىٰ، وعليك هدي. فأتىٰ إلىٰ عبد الله بن عمرو بن العاص فقال: قال لي كذا وكذا. فقال: اذهب إلىٰ عبد الله بن عباس فسله. فذهب إلىٰ عبد الله بن عباس فسأله فقال له كقول عبد الله بن عمر، فرجع إلىٰ عبد الله بن عمرو بن العاص فقال له: وأنت فماذا تقول؟ فقال عبد الله بن عمرو: أنا أقول كقولهما(١). فهذا دليل علىٰ أنه يستمر في حجه، وحجه فاسد، ولا حج له، ولكن يقضيه من العام القادم.

ويستدل له بما فعله النبي ﷺ لما أحصر ومنع من العمرة فعل ما يمكن فعله مما تبقىٰ من أعمال العمرة وهو النحر والحلق.

نوقش: لكن النبي ﷺ فعل ذلك ليتم له لأجر كاملاً، ففعل ما يمكنه فعله من العمرة لما أحصر. بينما المسألة محل البحث: إذا هو تعدىٰ فجامع؛ كيف يتمم العمل وقد أبطله باختياره؟!

٢ ـ القول بالتوقف: قال جبير بن مطعم للمجامع: أنا لا أفتيك بشيء(٢).

٣ ـ القول بعدم التمادي ويصير عمرة، هذا قول مجاهد وطاوس «أن حجه يصير عمرة، وعليه حج قابل وبدنة» وقال قتادة: يرجعان إلى حدهما ـ يعني الميقات ـ

(٢) رواه البيهقي (٥/١٦٧) وصححه.

(٣) ذكره ابن تيمية معلقاً عن أبي بشر وفيه رجل مبهم إذ قال أبو بشر: سمعت رجلاً من بني عبد الدار قال: فذكره، انظر العمدة لشيخ الإسلام ابن تيمية (٢/٢٣٠ ـ ٢٣١) والمحلىٰ لابن حزم (٧/١٩٠).

ويهلان بعمرة، ويتفرقان، ويهديان هديًا[(١)].

ورواية عن أحمد: أحب إليَّ أن يعتمر من التنعيم ـ يعني يجعل الحج عمرة ـ ولا يقيم على حجة فاسدة. وهو مذهب مالك[(٢)].

٤ ـ لا يتمادى ويبطل حجه. أما النبي ﷺ لما أحصر تحلل وأهدى لأنه أحصر بغير اختياره فتمم ما يمكنه ليفوز بالأجر. بينما موضع البحث إذا تعمد إبطاله؛ فكيف يتمادى؟

تعليق: لكن المثال الذي ذكره المؤلف في العبادات، بينما المقصود بالقاعدة عقود المعاملات: فلم يذكر لها مثالاً.

(لأنه لا سبيل إلى التخلص منه إلا بإتمامه) أي بعدما أحرم؛ فإنه لا يستطيع نقض إحرامه إلا بأن يؤدي أعمال الحج لقول الله تعالى: ﴿وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِۚ﴾[(٣)].

والصحيح: أن المقصود من الآية إخلاص الحج لله تعالى، وكذا العمرة؛ وتتضمن وجوب إتمامها على وجه الإشارة ولو قصد به إتمام الأعمال فإنه يتم عمل ما يسمى حجًا، أما الفاسد فلا يسمى حجًا. ولا نظير لهذا المثال في الشريعة، بل الأدلة تدل على عدم اعتباره وذلك لأن:

١ ـ التحريم يقتضي البطلان.

٢ ـ كما لو أحرم بالصلاة أو بالصيام ثم أفسدها فالصلاة والصيام باطلان ولا يتمهما.

---

(٢) المحلى (١٨٩/٧ ـ ١٩١).

(٣) الإنصاف (٣٥١/٣)، معونة أولي النهى (١١٣/٤).

(١) [البقرة: ١٩٦].

٣ ـ أما النبي ﷺ لما أحصر بغير اختياره لم يكمل عمرته فحلق ونحر، بينما موضع البحث تعمد الجماع؛ والأصل أن الجماع يبطل العمل وإذا بطل لم يلزمه شيء.

(أو الإحصار عنه) أي حبس عن الحج ولا يستطيع إتمامه كأن يمرض ويدخل المستشفىٰ ولا يخرج منها إلا بعد انقضاء زمن عرفة، أو حصره العدو ولم يستطع الوصول إلىٰ البيت كما حصل للنبي ﷺ في عمرة الحديبية فتحلل النبي ﷺ ونحر هديه.

فيقال: إذا كان هو المتعدي أو المفرط فقد بطل ولا ينفعه إتمامه؛ وأما إذا كان بغير اختياره وهو عبادة تُمِّم له الأجر بفعل ما يمكن فعله مما تبقىٰ منه. وأما المعاملات: فلم يأت بمثال له.

الحالة الثانية: (وما كان العبد متمكنًا من الخروج منه بقوله) إذا فسد العقد فإنه يستطيع أن يخرج منه بقول بقوله. كما لو كان عقد النكاح فاسدًا؛ بأن نكح امرأة بغير إذن وليها فإنه يمكن الخروج من هذا النكاح بأن يتلفظ بالطلاق.

(فهو منقسم إلىٰ قسمين:

أحدهما: ما يترتب عليه حكم مبني علىٰ التغليب والسراية والنفوذ)

❊ **أولاً**: مبني علىٰ التغليب

إذا قال: زوجتي طالق؛ فإنه تطلق كل زوجة له، إذ لا يعلم أيتها وقع عليها الطلاق.

أو قال: عبدي حر؛ فإن كل عبد له يصبح حرًا إذ لا يعلم أيهم وقع العتق عليه.

❋ **ثانياً**: مبني علىٰ السراية

إذا طلق عضوًا متصلًا من زوجته ؛ كأن يقول: رأسها طالق. طلقت كلها ، سرىٰ الطلاق إلىٰ جميعها. أو يعتق عضوًا من عبدٍ يملكه ، طلق العبد كله.

❋ **ثالثاً**: مبني علىٰ النفوذ

إذا قال: «زوجتي طالق» ؛ ولم ينو إيقاع الطلاق ، ولكنه نوىٰ اللغو أو اللعب ؛ فإن الطلاق نافذ.

أو قال: «عبدي حر» ؛ تلفظ به هازلًا ولم ينو العتق ؛ عتق العبد إذ العتق نافذ.

(فهو منعقد وهو النكاح والكتابة يترتب عليهما الطلاق والعتق) النكاح الفاسد منعقد ، يترتب عليه بعض ما يترتب علىٰ النكاح الصحيح. فلو نكحها بغير إذن وليها وجب المهر بالعقد لأنه نكاح فاسد ، ويستقر المهر بالخلوة ، ولها نصف المهر لو طلقها قبل الدخول. ويترتب علىٰ النكاح الفاسد الخروج منه بالطلاق كالنكاح الصحيح ، وتعتد من طلاقه ؛ من حين الطلاق لا من آخر وطء [فليس استبراءً] ، وتعتد للوفاة فيه خروجًا من الخلاف بين العلماء في صحة هذا النكاح وبطلانه.

وأما المكاتب في الكتابة الفاسدة فإن أولاده كسبه تبع له لا تبع لسيده.

(فلقوتهما ونفوذهما انعقد العقد المختص بهما ، ونفذا فيه) هذا علىٰ قول طائفة من العلماء.

ولكن طائفة أخرىٰ لم يروه منعقدًا ، ويرون فسخه أو بطلانه حسب التفصيل المذكور ، وهل يغلب عليه حق الله تعالىٰ أم حق العباد. من صوره النكاح بلا

ولي ؛ فلا ينفذ ولا ينعقد لغلبة حق الله تعالىٰ في النكاح ، وقد سبق تفصيله.

(وتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد) هذا علىٰ قول طائفة من العلماء.

بينما الطائفة الأخرىٰ تفصل فيه:

❊ **أولًا**: إذا لم يفت ولم يترتب عليه أثر.

فالعقد باطل. فمن نكح امرأة بلا ولي ولم يدخل بها فالعقد باطل ؛ قال شيخ الإسلام ابن تيمية في مسألة فيمن نكح امرأة ولم يدخل بها وولدت بعد شهرين: أصحها أن العقد باطل ، كمذهب مالك وأحمد وغيرهما. وحينئذ فيجب التفريق بينهما ، ولا مهر عليه ولا نصف مهر ولا متعة ، **كسائر العقود الفاسدة** إذا حصلت الفرقة فيها قبل الدخول[١]. ولكن هذا يغلب عليه حق الله تعالىٰ.

❊ **ثانيًا**: إذا فات ولم يترتب عليه أثر ؛ لم تترتب عليه تبعات.

فمن نكح ثيبًا بلا ولي ودخل بها فإن المهر لها كاملًا بما استحل من فرجها. لقول النبي ﷺ: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل. فنكاحها باطل. فنكاحها باطل. فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها**»[٢]. فهو بمثابة الانتفاع وأرش الانتفاع ، فلها صداق ما اتفقا عليه وإلا فمهر المثل.

❊ **ثالثا**: إذا فات وترتب عليه أثر.

تزوج بكرًا بلا ولي ودخل بها وحملت فإن المهر لها كاملًا بما استحل من فرجها ، وينسب الولد إليه لإقراره بنكاحها ولوجود الشبهة ، لا لنفوذ النكاح.

---

(٢) مجموع الفتاوىٰ (١٠٦/٣٢).

(١) رواه أحمد (٤٧/٦ ، ١٦٥) وأبو داود (٢٠٨٣) وصححه ابن حبان (٤٠٧٤) والحاكم (١٦٨/٢) والألباني في الإرواء (١٨٤٠).

(وتبعهما أحكام كثيرة من أحكام العقد) على قول طائفة من العلماء، وسيأتي بيانها بإذن الله تعالى.

(ففي النكاح يجب المهر بالعقد) في النكاح الفاسد يجب المهر بمجرد العقد. أما القول الآخر: فإنه لا يجب المهر إلا بالدخول لعدم صحته لقوله ﷺ: «**ولها المهر بما استحل من فرجها**»، بينما هذا لم يستحل شيئًا من فرجها ولم يدخل بها؛ فلم يفت ولم يترتب عليه أثر.

(حتى لو طلقها قبل الدخول لزمه نصف المهر على وجه) أي لها حكم النكاح الصحيح. بينما القول الآخر: لا يلزمه شيء قبل الدخول، وهو الذي رجحه مالك وابن تيمية والله أعلم لغلبة حق الله عليه.

(ويستقر بالخلوة) إن عنى أنه يستقر المهر كاملًا بالدخول؛ فهذا بالاتفاق. أما إن عنى أنه يستقر المهر كاملًا بالخلوة ولو لم يدخل بها:

أ ـ فالجمهور على هذا القول، لفعل عمر رضي الله عنه؛ ولم يصح عنه.

ب ـ بينما القول الآخر أنه لا يستقر بالخلوة إلا بالدخول لقول النبي ﷺ: «**لها المهر بما استحل من فرجها**». بل حتى لو كان نكاحًا صحيحًا فإنه لا يستقر لها المهر كاملًا إلا بالدخول على قول طائفة؛ إذ لا يكتفي بالخلوة لقول الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾(١). فإذا خلا بها في النكاح الفاسد ولم يمسها فلا شيء له.

(وتعتد فيه من حين الفرقة لا من حين الوطء) أي تعتد من حين طلاقها من العقد الفاسد ومن حين التفريق بينهما كالنكاح الصحيح، لا من آخر وطئه لها؛ فلا

---

(٢) [البقرة: ٢٣٧].

تستبرئ بحيضة ؛ درءًا للفتنة والشبهة .

(وتعتد للوفاة فيه قبل الطلاق) من باب الاحتياط درءًا للشبهة ودرءًا للفتنة[١] .

(وفي الكتابة تستتبع الأولاد والأكساب) المكاتب في الكتابة الفاسدة. كأن يشترط ولاءه لسيده أو يكاتبه على عوض مجهول .

فالكتابة: إعتاق السيد عبده على مال في ذمته يؤدى مؤجلاً . فهو جمع حرية الرقبة مالًا مع حرية اليد حالًا . إذ يؤجل عتق الرقبة إلى سداد المال ، ولا يد للسيد على المكاتب .

وقيل: إعتاق المملوك يدًا حالًا ، ورقبة مآلاً حتى لا يكون للمولى سبيل على إكسابه .

فالمكاتب في الكتابة الفاسدة كسبه وأولاده تبع له ، لا يتبعون سيده. أما الشرط المحرم فلا اعتبار له ، وأما العوض المجهول فإنه يصحح بتسمية العوض لغلبة حق العباد عليه .

(والثاني: ما لا يترتب عليه ذلك) أي لا يترتب عليه حكم مبني على التغليب والسراية والنفوذ .

(كالبيع ، والإجارة) وهي من العقود اللازمة .

البيع: مبادلة مال بمال ، أو منفعة بمنفعة على التأبيد ؛ غير ربا ولا قرض .

الإجارة: عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض[٢] .

---

(٢) انظر المغني (٣٤٥/٧).

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية (٢٥٢/١).

(والمعروف من المذهب أنه غير منعقد) أي البيع الفاسد غير منعقد إذ ليست قوته كقوة الأول إذ لا يلزم باللغو وغير مبني على التغليب ولا السراية. لكن المسألة فيها أقوال:

الأول: أنه موقوف على العاقد الآخر المغبون، فله الخيار، لأنه يغلب فيه حق العبد؛ كبيع المصراة وتلقي الجلب، وعلى الغابن الضمان وللمغبون الثمن المتفق عليه إذا أمضاه.

القول الثاني: التفصيل؛ فهو ينقسم إلى:

١ ـ ما لم يفت المعقود عليه ولم يترتب عليه أثر من آثاره.

فالمالك بالخيار إن شاء أمضاه وإن شاء فسخه.

مثال: باع سيارة فيها عيب بثمن فاطلع عليها المشتري، فالمشتري بالخيار إن شاء فسخه وإن شاء أمضاه وله أرش العيب بالثمن. ويدل عليه حديث تلقي الجلب وحديث بيع المصراة.

وكما لو أجره عارية بغير إذن مالكها ولم يبدأ المستأجر بالانتفاع بها.

مثال آخر: أجَّره سيارة على أنها غير معيبة ثم تبين عيبها قبل الانتفاع بها، فللآخر الخيار.

٢ ـ ما لم يفت المعقود عليه وترتب عليه أثر من آثاره.

المالك بالخيار. **مثال**: باع ناقة مصراة ثم احتلبها فتبين له فهو بالخيار. فإن ردها؛ ردها ومعها صاع من تمر.

مثال آخر: أجره سيارة معيبة بثمنٍ ما على أنها صالحة، ثم تبين للمستأجر بأنها

معيبة بعد استعمالها؛ فهو بالخيار إن شاء ردها ولمالكها ثمن أجرة المثل لاستعمالها وفسخ ما تبقىٰ لما فات، وإن شاء أبقاها.

٣ ـ إذا فات المعقود عليه.

المغبون بالخيار، ولا ضمان عليه إذا لم يفرط، بينما الضمان علىٰ الغابن.

مثال: اشترىٰ سيارة معيبة ثم علم بالعيب؛ فهو بالخيار. فإذا أراد ردها وأخبر الغابن بذلك ومكنه من استلامها لكنها سرقت أو هلكت قبل أن يستلمها فلا ضمان عليه إذا لم يفرط لأنه في حكم الوديع.

مثال آخر: أجر عارية بغير إذن مالكها فهلكت عند المستأجر بلا تفريط. فلا ضمان علىٰ المستأجر، بينما الضمان علىٰ المؤجر المستعير لأنه في حكم الغاصب.

مثال آخر: استأجر سيارة معيبة ولم يعلم بعيبها ثم هلكت؛ لها حكم الوديعة لفساد العقد لأن المؤجر أودعه إياها فلا ضمان عليه إذا لم يفرط.

مثال آخر: اشترىٰ سيارة بدنانير فيها دنانير مزيفة، ثم باعها المشتري لآخر. فالبائع بالخيار إن شاء ردها وإن شاء طالبه بباقي الثمن، والضمان علىٰ المشتري. وإذا هلكت قبل بيعها للثالث فالضمان علىٰ المشتري.

(ويترتب عليه أحكام الغصب)

من أحكام الغصب أن الغاصب ضامن في جميع الأحوال سواء فرط أم لم يفرط في المغصوب، تعدىٰ أم لم يتعد. فإذا تلف المغصوب فالغاصب يضمن القيمة أو ثمن المثل. بينما لو تلف المبيع بيعًا فاسدًا فإن الغابن يضمن الثمن المتفق عليه (وقد سبق بيانه) فهو أقرب إلىٰ العدل. أما إذا كان فيه عيب فإنه يضمن

أرش العيب بالنسبة إلىٰ الثمن المتفق عليه.

وقد سبق ذكر الأدلة في جميع الصور المذكورة.

۞ المُلَخَّص: في العقود الفاسدة؛ هل هي منعقدة؟

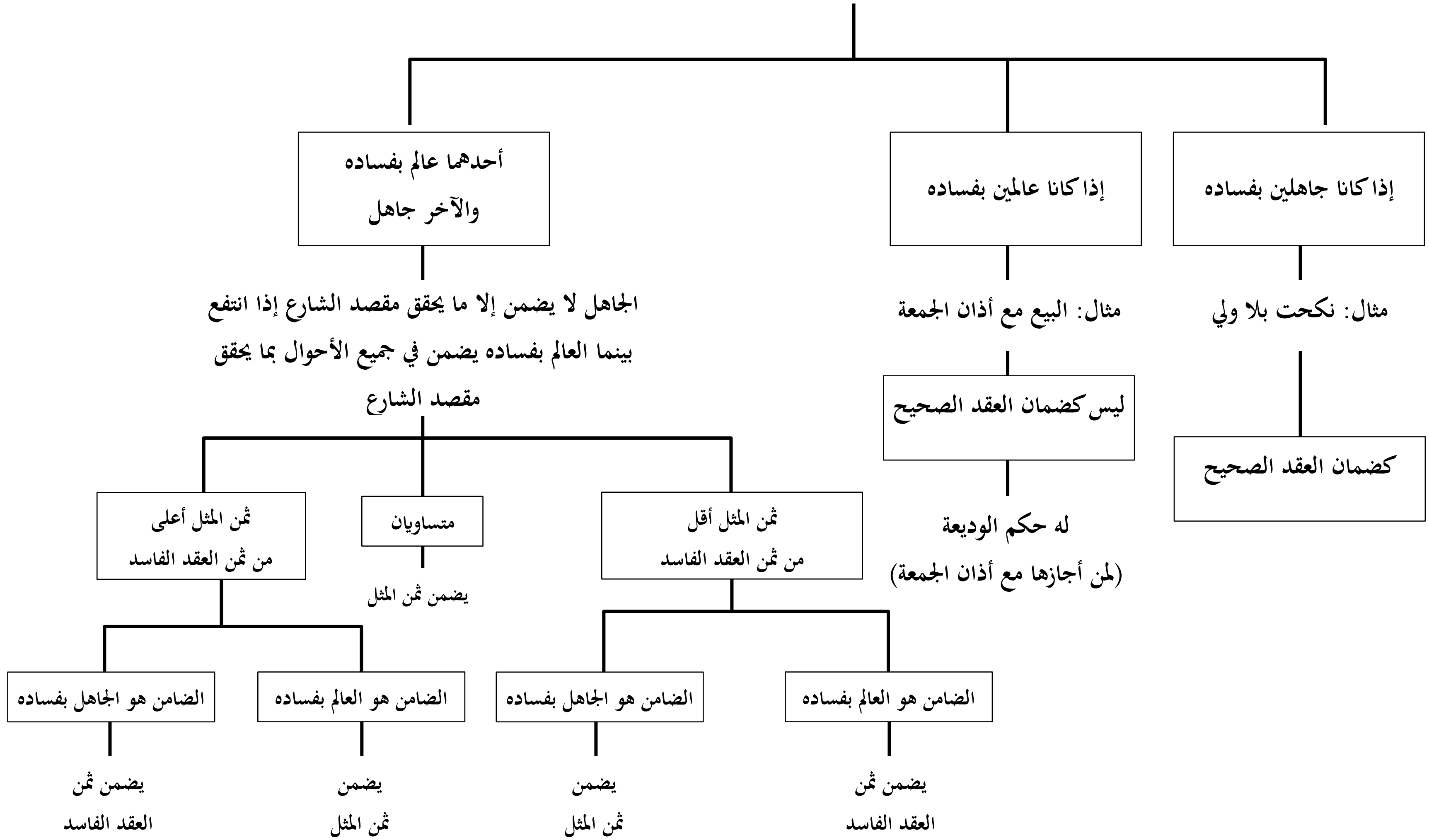
إذا كان يغلب عليها حق الله تعالىٰ فلها حكم العقد الصحيح، إلا إذا لم يترتب عليه أثر من آثار العقد أو كان يعلم حرمة المعقود عليه فإنها باطلة؛ ليس لها حكم العقد الصحيح.

وإذا كان يغلب عليها حق العبد فصاحب الحق المغبون أو الجاهل بالخيار إن شاء أمضاه وإن شاء فسخه؛ وله حكم العقد الصحيح.

❑ ❑ ❑

القاعدة السابعة والأربعون

ضمان المقبوض بعقد فاسد



❁ المَتْن

القاعدة السابعة والأربعون(١)

في ضمان المقبوض بعقد فاسد: كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب [الضمان] في فاسده.

❁ الشَّرح

(في ضمان المقبوض بعقد فاسد: كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده) كل عقد يجب الضمان في صحيحه إذا قبض يجب الضمان في فاسده إذا قبض.

مثال: إذا ابتاع سيارة من زيد فإنه ضامن بقبضها، وعليه الثمن لو تلفت سواءً فرط أم لم يفرط؛ هذا في العقد الصحيح.

كذا من ابتاع عند أذان الجمعة سيارة فقبضها فقد عقد عقداً فاسداً، فهو ضامن لها إذا تلفت سواءً فرط أم لم يفرط.

الراجح هو التفصيل

❊ **أولًا:** متىٰ ما قبضها برضىٰ الطرفين، ولا غبن بينهما، وكانا جاهلين بفساده؛ فضمان العقد الفاسد كالضمان في العقد الصحيح بالقبض كالمثال السابق.

مثال آخر: إذا نكح بلا ولي فقد عقد عقداً فاسداً. فإذا استحل فرجها فلها المهر بما استحل من فرجها.

الدليل: قال النبي ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها

---

(٢) انظر القاعدة الثالثة والأربعين، فصل: ما قبض من مالكه، القسم الثالث، النوع الأول.

باطل فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها»[١].

❊ **ثانيًا**: أما إذا كانا عالمين بفساده.

في العقد الصحيح؛ إذا تقابضا فهو بمثابة قبض المال لمصلحة مشتركة بينهما؛ كالمضاربة والوكالة بأجر. فكل منهما ضامن مال الآخر، ما لم يتبين أن أحدهما لم يفرط ولم يتعد فلا ضمان عليه.

أما في العقد الفاسد الذي يعلمان بفساده فقد اختلف عن حكم الضمان في العقد الصحيح: فالأصل فيه الإبطال. فكلاهما قبض مال الآخر بلا عقد، ولكن برضا الطرفين، فلا يضمن إلا إذا ثبت تعديه أو تفريطه؛ بمثابة الوديعة: لأنه أودعها إياه عالماً بتحريم العقد، فلا يثبت في حق الطرف الآخر أي التزام؛ لبطلان التزامه إذ التحريم يقتضي البطلان.

مثال: إذا كانا عالمين بمنع البيع مع أذان الجمعة فتبايعا.

فالضمان في قيمته لا فيما تراضيا عليه لأن تراضيهما باطل غير معتبر لعلمهما بفساده قبل العقد وهذا مغاير لمن لم يعلما بفساده إلا بعد العقد وبعد تلفه. ولا يملكه القابض، ولا حق له فيه لأن العقد لم يصح، إنما مجرد قبض أمانة.

مثال: كما لو كانا عالمين بفساد النكاح بلا ولي، واستحل فرجها، فهو زنا، ويطالب بمهر المثل ولكن هل تستحقه المرأة؟ فالقاضي يحكم به حسب المصلحة. وإذا سميا مهراً أعلى من المثل؛ فهل يطالب به الناكح؟ يحكم به القاضي حسب المصلحة. بينما في النكاح الصحيح؛ لها المهر المتفق عليه، وإلّا مهر المثل.

---

(١) رواه أحمد (٦/٤٧) وأبو داود (٢٠٨٣) وصححه الألباني في الإرواء (١٨٤٠).

❋ **ثالثًا**: إذا كان أحدهما عالمًا بفساده والآخر جاهلًا، فهذا ينقسم إلىٰ قسمين:

القسم الأول: ما غلب فيه حق العبد.

أ ـ فالجاهل هو المغبون كبيع المصراة وتلقي الجلب وبيع المعيب. فهذا لا يوجب الضمان علىٰ المغبون إلا إذا انتفع به فيضمن انتفاعه فقط، أو تعدىٰ.

نقل ابن مشيش وحرب عن أحمد: في المقبوض بعقد فاسد ما يدل علىٰ أنه غير مضمون[١] لأنه بمثابة الوديعة، لفساد العقد في حق الظالم، فسلمه العين بلا عقد.

إلا إذا تعدىٰ القابض أو فرط فإنه يضمن القيمة كالجروح والقصاص، أو انتفع بها فإنه يضمن الانتفاع بأجرة المثل كبيع المصراة لو احتلبها ردها وصاعًا من تمر، وهو قول لأحمد. وكذا في الإجارة الفاسدة فإنه لا تجب الأجرة إلا بالانتفاع[٢]؛ وقد سبقت الأدلة في القاعدة السابقة.

ب ـ أما الغابن فهو ظالم بمثابة الغاصب، فهو ضامن لمال المغبون في جميع الأحوال، فرط أم لم يفرط؛ تعدىٰ أم لم يتعد لأنه عالم بفساده، ظالم للآخر، وقد قبضه ظلمًا.

القسم الثاني: ما غلب فيه حق الله تعالىٰ.

مثاله: البيع مع أذان الجمعة. فالجاهل لا يضمن إلا إذا تعدىٰ أو فرط، وإذا انتفع فيضمن أجرة المثل. بينما العالم بفساده ضامن في جميع الأحوال لأنه ظالم، وقد قبضه ظلماً بلا عقد.

---

(٢) قواعد ابن رجب (١/٣٠٨).

(١) قواعد ابن رجب (١/٣٣٥).

۞ **الخلاصة**: الجاهل لا يضمن إذا غره العالم، بينما العالم هو الضامن.

مسألة: هل يضمن في العقد الفاسد بما يسمى فيه؟ أم بقيمة المثل؟

إذا عقد عقدًا فاسدًا وفات المعقود عليه:

مثال: باع مع أذان الجمعة سيارة بـ«٩٠٠٠دينار كويتي»، بينما قيمة مثلها «١٠,٠٠٠ دينار كويتي»، ولم يقبض الثمن، ثم تلفت على يد المشتري؛ فهل يضمن المشتري «١٠,٠٠٠» أم «٩٠٠٠»؟

مثال آخر: وطئ امرأة في نكاح فاسد بأن نكحها بلا ولي، فهل يضمن المهر المتفق عليه أم مهر المثل؟

فيه قولان:

القول الأول: يضمن بالقيمة أو بالمثل؛ وهو قول لأحمد.

القول الثاني: يضمن بالمسمى الذي تراضيا عليه؛ وهو قول أبي بكر عبد العزيز وشيخ الإسلام ابن تيمية وقول أحمد في النكاح الفاسد.

الصحيح في ذلك هو التفصيل:

أ ـ من كان جاهلًا بفساده.

ب ـ من كان عالمًا بفساده قبل عقده.

الحالة الأولى: إذا كانا جاهلين بفساده. فإنهما يضمنان بما اتفقا عليه، يضمنان المسمى. فيضمن في النكاح الفاسد مهرها المسمى لا مهر المثل، ويضمن السيارة المباعة بعد أذان الجمعة بعد تلفها بثمنها المسمى.

قال تقي الدين ابن تيمية: الصواب أنه لا يجب في الفاسد قيمة العين أو المنفعة مطلقًا وذلك لأن العين لو أمكن ردها أو رد مثلها لكان ذلك هو الواجب؛ لأن العقد لما انتفىٰ وجب إعادة كل حق إلىٰ مستحقه، والمثل يقوم مقام العين.

أما إذا كان الحق قد فات مثل الوطء في النكاح الفاسد والعمل في المؤاجرات والمضاربات والغبن في المبيع: فالقيمة ليست مثلًا له، وإنما تجب في بعض المواضع: كالمتلف والمغصوب الذي تعذر مثله؛ للضرورة؛ إذ ليس هناك شيء يوجد أقرب إلىٰ الحق من القيمة فكان ذلك هو العدل الممكن كما قلنا مثل ذلك في القصاص ودية الخطأ وأرش الجراح واعتبرنا القيمة بتقويم الناس؛ إذ ليس هناك متعاقدان تراضيا بشيء. وأما هنا فقد تراضيا بأن يكون المسمىٰ بدلًا عن العين أو المنفعة، والناس يرضون لها ببدل آخر، فكان اعتبار تراضيهما أولىٰ من اعتبار رضا الناس[1]. وقد سبق بيان الأدلة في القاعدة السابقة.

الحالة الثانية: إذا كانا عالمين بفساده. فمن تعلق به الضمان فإنه يضمن ثمن المثل لأن العقد فاسد وهما يعلمان بفساده، فلا يعتبر بالعقد الذي بينهما؛ فهو كالمتلف، فإنه يضمن ثمن المثل، لا الثمن المسمىٰ.

الحالة الثالثة: إن كان الغابن عالمًا والمغبون جاهلًا. فإن الغابن يضمن ما يحقق مقصد الشارع من التحريم وما يسد به الذريعة لتلاعب الغابن.

ففي تلقىٰ الجلب؛ إذا تلف المبيع أو استهلك من قبل المشتري فإنه يضمن قيمتها في السوق لأنه مفرط ومتعدٍ، وقد حرمه الشارع، لئلا يغبن البائعُ المغبونَ. فإذا ضمن الثمن المسمىٰ فقد أعان المتلقي الظالم علىٰ ظلمه، بينما إذا ضمنه القيمة حقق مقصد الشارع في عدم غبن الجالب وسد الذريعة أمام المشتري الظالم.

---

(١) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٤٠٩ ـ ٤١٠).

الحالة الرابعة: إذا كان الغابن جاهلًا والمغبون عالمًا؛ وهذا نادر الوقوع. فإذا وقع: فالمغبون علم بفساده قبل الغبن فيه فليتجرع مرارة غبنه لأخيه، فالضمان بالغبن الذي رضي فيه سداً للذريعة؛ لئلا يكون حيلة للمغبون العالم للتخلص من العين ليضمِّن الغابن القيمة الأعلىٰ.

فقد تكون السيارة المباعة مع أذان الجمعة غير مرغوب فيها في السوق لارتفاع قيمتها فيغر الطرف الآخر لشرائها بثمن بخس، فإذا تلفت ادعىٰ بطلان العقد ليقبض قيمتها السوقية. لذا فضمانها بثمنها البخس لا بقيمة المثل.

۞ **المُلَخَّص: في ضمان المقبوض بعقد فاسد: إذا كان العاقدان جاهلين بفساده فكل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده، وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده.**

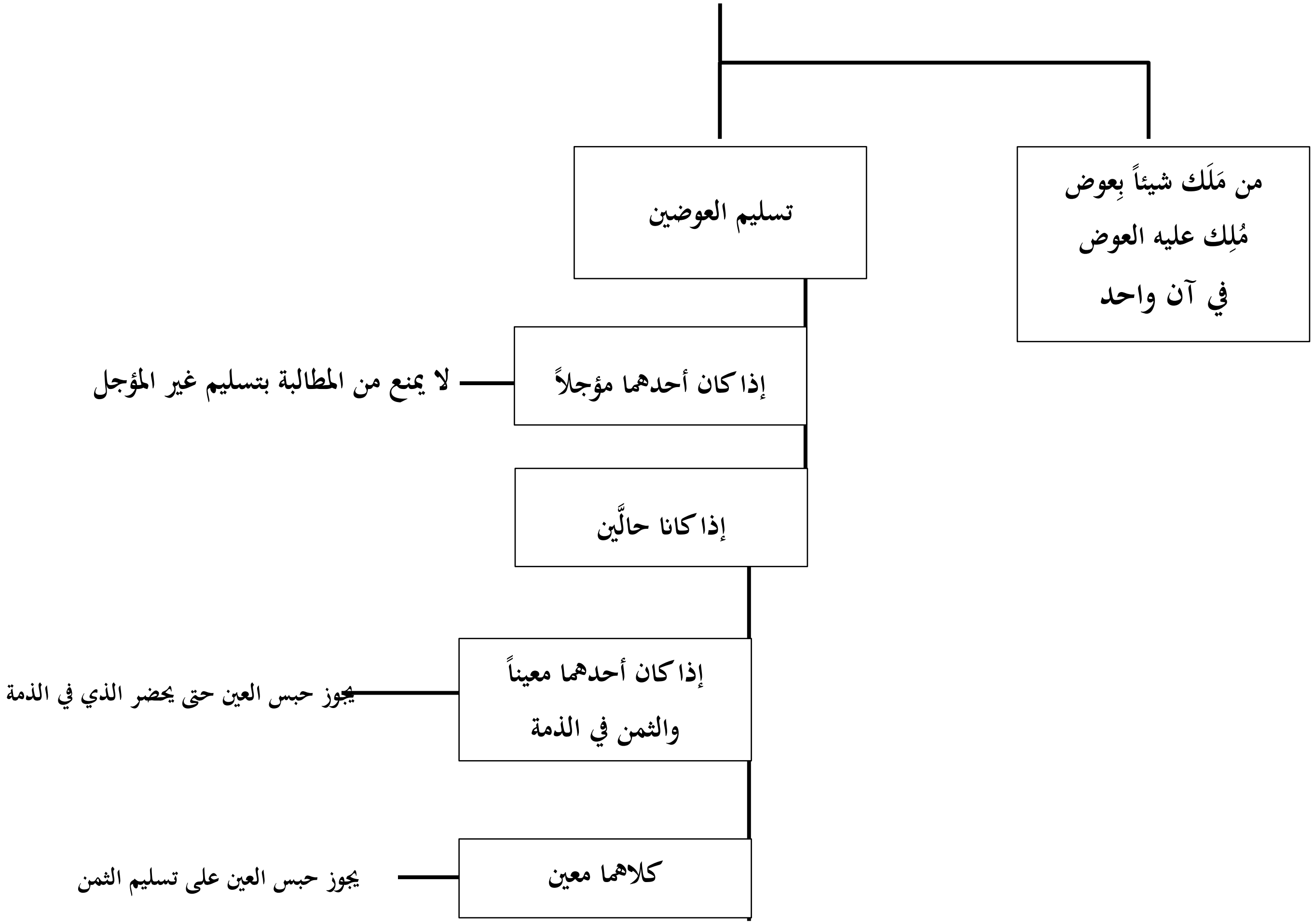
أما إذا كانا عالمين بفساده فليس له حكم ضمان العقد الصحيح.

وإذا كان أحدهما عالماً بفساده والآخر جاهلاً بفساده؛ فإذا كان الضامن هو الجاهل فلا يضمن إلا أقل الثمنين من ثمن المثل وثمن العقد الفاسد، بينما إذا كان الضامن هو العالم بفساده فإنه يضمن أعلىٰ الثمنين من ثمن المثل وثمن العقد الفاسد ليحقق مقصد الشارع.

❑ ❑ ❑

القاعدة الثامنة والأربعون

ملك العوض في ملك الشيء بعوض وتسليم العوضين



۞ المَتْن

القاعدة الثامنة والأربعون

كل من ملك شيئًا بعوض ملك عليه العوض في آن واحد، ويطَّرد هذا في البيع والسلم والقرض والإجارة والنكاح والكتابة. وكذلك المعاوضات القهرية كأخذ المضطر طعام الغير وأخذ الشفيع الشقص ونحوها.

وأما تسليم العوضين: فمتىٰ كان أحدهما مؤجلًا لم يمنع ذلك المطالبة بتسليم الآخر. وإن كانا حالَّين؛ ففي البيع إن كان الثمن دينًا في الذمة فالمذهب: وجوب إقباض البائع أولًا، ولا يجوز للبائع حبس المبيع عنده علىٰ الثمن. وإن كان عينًا فهما سواء، ولا يجبر أحدهما علىٰ البداءة بالتسليم، بل ينصب عند التنازع من يقبض منهما ثم يقبضهما.

وأما في الإجارة، فالمذهب: أنه لا يجب تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العمل المعقود عليه أو العين المعقود عليها.

۞ الشَّرح

❊ أولاً: الملكية

(**كل من ملك شيئًا بعوض**) الأصل أن المعاوضات تتم بين الأطراف ليقدم كل طرف العوض للطرف الآخر. فإذا ملك الطرف الأول ما عند الثاني بعقد المعاوضة ملك الطرف الثاني ما عند الأول بما هو منصوص عليه في العقد.

(**مُلِك عليه العوض**) عبارة ابن رجب (مُلِك عليه عوضه). والمعنىٰ: ترتَّب فورًا انتقال ملكية العوض المقابل للطرف الثاني.

(في آن واحد) في نفس ساعة تملك الأول للمعقود عليه.

الدليل

١ ـ أصل العقود قائم على ذلك.

٢ ـ إن لم يملكه الطرف الآخر وقع عليه الظلم، وأتت الشريعة برفع الظلم لا بإيقاعه.

٣ ـ هذا من تمام العدل.

(ويطَّرد هذا في البيع) تسري هذه القاعدة في جميع المعاوضات. فبالعقد يملك البائع الثمن ويملك المشتري السلعة.

فإذا باع سيارة بـ ١٠,٠٠٠د. ك فملك المشتري السيارة فإن البائع ملك المبلغ ١٠,٠٠٠ د. ك في نفس الساعة.

(والسلم) فإذا عقد عقد سلم على بيع ١٠٠ تكنة زيت بـ ٥,٠٠٠ د. ك فملك الثمن؛ ملك الطرف الآخر ١٠٠ تكنة زيت في الحال، وتسلم في الزمن المتفق عليه.

(والقرض) لو اقترض ناقة من الطرف الثاني وملكها ملك الطرف الثاني ناقة بدلًا منها في الحال في ذمة المقترض، وتؤدى في الوقت المتفق عليه.

(والإجارة) يملك المستأجر المنافع، ويملك المؤجر الأجرة بنفس العقد.

فإذا استأجر شقة بـ ٤٠٠٠ د. ك، فإنه يملك منافعها ويملك المؤجر الأجرة الثمن في الحال.

(والنكاح) إذا عقد الزوج على امرأة عقدًا صحيحًا بمهر مسمى فملك الانتفاع ببضعها ملكت الزوجة نصف الصداق في الحال قبل الدخول وملكت النصف الثاني بعد الدخول.

(والكتابة) في عقد المكاتبة إذا ملك العبد منافعه واكتسابه بالعقد ملك سيده النجوم والأقساط في الحال في ذمة المقترض.

(وكذلك المعاوضات القهرية) وهي العقود التي يأخذ فيها أحد العاقدين ما يملكه الآخر قهرًا؛ رغمًا عنه.

(كأخذ المضطر طعام الغير) كأن يضطر أحدهم للطعام وإلا هلك فرأى طعامًا فمنعه مالكه، فاستطاع المضطر أخذه ليرفع الضرر عن نفسه فملكه؛ فإن مالك الطعام يملك العوض بمجرد تملك الطرف الأول للطعام.

وهذا النوع من الملك يتسامح فيه لأنه مضطر إليه إذ لو لم يتملك الطعام حتى ينقد العوض فلربما هلك.

(وأخذ الشفيع الشقص ونحوها) لو اشترك اثنان في تملك بيت فباع الأول شقصه (سهمه) لطرف ثالث فجاء الثاني وطالب بحق الشفعة فأخذ السهم من الطرف الثالث فتملكه؛ ملك الطرف الثالث العوض من الثاني.

هذا من حيث الملكية.

❋ ثانياً: تسليم العوضين.

(وأما تسليم العوضين) أي استلام كل من العاقدين العوض من الطرف الآخر.

أ ـ **(فمتى كان أحدهما مؤجلًا لم يمنع ذلك المطالبة بتسليم الآخر)** اشترى سيارة يقبضها حالاً بثمن مؤجل ٤٨٠٠ د. ك يقسطه على أربع سنوات؛ كل شهر ١٠٠ د. ك. فعلى البائع أن يسلم السيارة للمشتري الآن، ولا يجب على المشتري أن يسلم البائع ١٠٠ د. ك الآن بل على ما اتفقا عليه.

الدليل

١ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِۚ﴾[١] فالعقد أن يستلم المشتري السيارة الآن ويسلم البائع شهريًا ١٠٠ د. ك.

٢ ـ قال النبي ﷺ: «المسلمون علىٰ شروطهم»[٢].

ب ـ (وإن كانا حالَّين) أي لم يكن أحدهما مؤجلًا، وإنما اشترط كل منهما أن يستلم عوضه في الحال؛ فهذا القسم نوعان:

الأول: أن يكون أحد العوضين معينًا، والآخر في الذمة.

إذا اشترىٰ هذه السيارة بعينها بقيمة ٧٬٠٠٠ د. ك وليست ٧٠٠٠ معينة، وإنما أي ٧٠٠٠ د. ك سواءً كانت من أوراق (٢٠)، أو أوراق (١٠)، أو أوراق (٥)، وتسمىٰ في الذمة لعدم التعيين فهي حالَّة وليست مؤجلة.

الثاني: أن يكون كلاهما معينًا.

يريد شراء سيارة بعينها ويريد البائع أن يكون ثمنها هذه الأسورة من الذهب.

النوع الأول

(ففي البيع: إن كان الثمن دينًا في الذمة) إذا اشترىٰ سيارة معينة بـ٧٬٠٠٠ د. ك، أيًا كان نوع أوراق الدنانير فهي في الذمة وليست مؤجلة.

(فالمذهب: وجوب إقباض البائع أولًا. ولا يجوز للبائع حبس المبيع عنده علىٰ الثمن) لا يجوز أن يقول البائع للمشتري: لا أسلمك السيارة حتىٰ تسلمني

---

(٢) [المائدة: ١].

(١) رواه أبو داود (٣٥٩٤) وصححه ابن الجارود (٦٣٧) وحسنه الألباني في الإرواء (١٣٠٣).

٧,٠٠٠ د. ك، وإنما يجب على البائع أن يسلم المبيع للمشتري، ثم يلزم المشتري تسليم الثمن للبائع.

اختلف العلماء في المسألة:

القول الأول: عدم الجواز للبائع الامتناع من التسليم؛ وهو قول للشافعية والحنابلة.

الدليل

١ ـ لأن حق المشتري تعلق بعين فقدم على الحق المتعلق بالذمة، لذا يقدم تسليم ثمن الدَّيْن الذي به الرهن على ما تعلق بالذمة[1].

نوقش: أن الذي به رهن؛ فيه شرط ضمني أنه أولى بالرهن وبيعه وأخذ حقه منه، فقدم للشرط لا لكونه عيناً والآخر في الذمة.

٢ ـ لأن المبيع صار في يد البائع أمانة فوجب ردها بمطالبة المشتري كسائر الأمانات[2].

نوقش: وكذا الثمن الحال في الذمة أمانة يجب ردها بالمطالبة كالقرض الحال.

٣ ـ لأن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه، فكان تقديمه أولى[3].

نوقش:

أ ـ وكذا تسليم الثمن أولًا يتعلق به استقرار البيع وتمامه كبيع السلم.

ب ـ وإذا قيل بأن تسليم الثمن لا يتم به البيع ولا يستقر دون تسليم المبيع فكذا

(٢) المغني لابن قدامة (٤/ ٢٧٠).

(٣) القواعد لابن رجب (١/ ٣٤٨).

(١) المغني (٤/ ٢٧٠).

تسليم المبيع دون الثمن لا يتعلق به استقرار ولا تمام البيع.

القول الثاني: للبائع الامتناع من تسليم المبيع للمشتري حتى يحضر الثمن؛ وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد.

الدليل

١ ـ قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾[١]، فإذا امتنع من تسليم الثمن كان له أن يعاقبه بعدم تسليمه المبيع.

٢ ـ هذ النوع ليس اضطراريًا، وإنما شرع هذا النوع الاضطراري من الحقوق وهو تسليم أحد العوضين قبل الآخر لدفع الضرر[٢] كالمضطر إلى الطعام وإلا هلك، بينما الأصل المنع من التسلط على الأموال قهرًا، وإلا لحصل ضرر وفساد عظيم[٣]. فلا يدفع الضرر بضرر أكبر منه[٤]. لذا لا يتملك الشفيع الشقص من المشتري حتى يسلمه الثمن: وهو قول الإمام أحمد وابن تيمية. فلو تملكه من غير دفع الثمن لاجتمع له العوض والمعوَّض[٥]، فيكون عاقب الطرف الثالث وظلمه، وأصبح الثمن مؤجلًا بلا عقد ولا موافقة ولا تراضٍ.

٣ ـ قال الله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُا۟ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾[٦]، وعدم تسليمه للثمن بمثابة سيئة يجازى بسيئة مثلها بعدم استلامه للمبيع.

---

(٢) [النحل: ١٢٦].

(٣) قواعد ابن رجب (١/٣٦٠).

(٤) قواعد ابن رجب (١/٣٦٠).

(٥) قواعد ابن رجب (١/٣٦٠).

(٦) قواعد ابن رجب (١/٣٦٠).

(٧) [الشورى: ٤٠].

٤ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ﴾[١].

٥ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ﴾[٢]. ومن تمام العدل أن يتساوىٰ العاقدان في الاستلام والتسليم.

٦ ـ لأن في تسليمه إياه دون استلام العِوَض ضررًا بفوات الثمن عليه، فلا يلزم تسليمه حتىٰ يحضره[٣].

٧ ـ إن الثمن أمانة في ذمة المشتري فوجب تسليمها لصاحبها متىٰ ما طلبها.

٨ ـ لا يتحقق استقرار البيع وتمامه إلا بتسليم كل منهما المعقود عليهما.

٩ ـ إن الثمن حق للبائع في ذمة المشتري فاستحق قبضه، فله الحق في فعل ما يستوفىٰ به حقه دون الوقوع في المحظور، ولم يدل دليل علىٰ أنه يحرم علىٰ البائع الامتناع من تسليم المبيع إذا امتنع المشتري من تسليم الثمن.

١٠ ـ قياسًا علىٰ الرهن (البدل)؛ فالراهن إذا لم يسلم الرهن للبائع فللبائع أن يمتنع من تسليم المبيع.

١١ ـ قياسًا علىٰ المفلس؛ قال النبي ﷺ: «**من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره**»[٤].

---

(٢) [النساء: ٨٥].
(٣) [النحل: ٩٠].
(٤) القواعد (٣٤٨/١).
(١) رواه البخاري (٢٤٠٢) ومسلم (١٥٥٩).

وجه الدلالة

أ ـ لما حل عليه أداء الدين ولم يؤده جاز لصاحب العين أن يأخذ عينه إذا لم يؤد الدائن ما عليه وهو أولىٰ بها، فكذا هنا يجوز له حبس العين حتىٰ يؤدي الدين الذي حل عليه.

ب ـ بل هو أولىٰ، فإذا جاز له أخذها من المشتري عندما لم يؤد ما عليه بعد قبض المشتري لها وحيازته؛ فحبسها قبل حيازته عليها من باب أولىٰ.

جـ ـ فهذا المدرك لماله أحق بقبض ماله المبيع، فكذا يقال في حق البائع أنه أحق بقبض ماله وإمساكه.

١٢ ـ قياسًا علىٰ الزوجة؛ إذ نقل ابن المنذر اتفاق العلماء علىٰ أن المرأة لها الامتناع من تسليم نفسها للزوج حتىٰ تقبض المهر[١].

١٣ ـ ولأن البائع إنما رضي ببذل المبيع بالثمن، فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه[٢].

١٤ ـ لأن العقد تم بشرط ضمني أن يسلم كل منهما الآخر العوض[٢].

١٥ ـ ولأن المتعاقدين سواء في المعاوضة، فيستويان في التسليم[٢].

١٦ ـ لأنه إذا سلمه المبيع ولم يقبض الثمن فإنه سيلجأ إلى الحاكم وربما يحجر عليه، ولكن لا يندفع به الضرر الواقع على البائع، ويتعذر في الغالب إرجاع الحق[٢].

١٧ ـ المنع أسهل من الرفع. فالامتناع من تسليمه العين حتىٰ يقبض الثمن أسهل

(٢) القواعد (١/٣٥٠).

(١) المغني (٤/٢٧٠).

من تسليمه إياها ثم المطالبة برده إذا لم يقبض الثمن.

النوع الثاني

(وإن كان عينًا فهما سواء، ولا يجبر أحدهما على البداءة بالتسليم بل ينصب عند التنازع من يقبض منهما ثم يقبضهما) اشترى سيارة معينة بأسورة معينة من الذهب، وقد تم تفصيله آنفاً.

(وأما في الإجارة؛ فالمذهب: أنه لا يجب تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العمل المعقود عليه، أو العين المعقود عليها) يجري عليها الحكم العام في مسألة التسليم:

١ ـ إذا اتفقا على الأجل، فالمسلمون على شروطهم إذ قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(١).

٢ ـ إذا اتفقا على التسليم يداً بيد، فالمسلمون على شروطهم إذ قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(٢).

٣ ـ إذا كان العرف سائداً، في تحديد أحد العاقدين بالتسليم؛ أخذ بالعرف إذ القاعدة الأصولية الفقهية «العادة محكمة».

٤ ـ إذا لم يتفقا على شيء ولا يوجد عرف سائد فحكمه كحكم البيع الحال أنه لا يجب تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العمل المعقود عليه أو العين المعقود عليها وقد سبق ذكر الأدلة؛ ويمكن توكيل وسيط يستلم من الطرفين ويسلمهما.

---

(٢) [المائدة: ١].

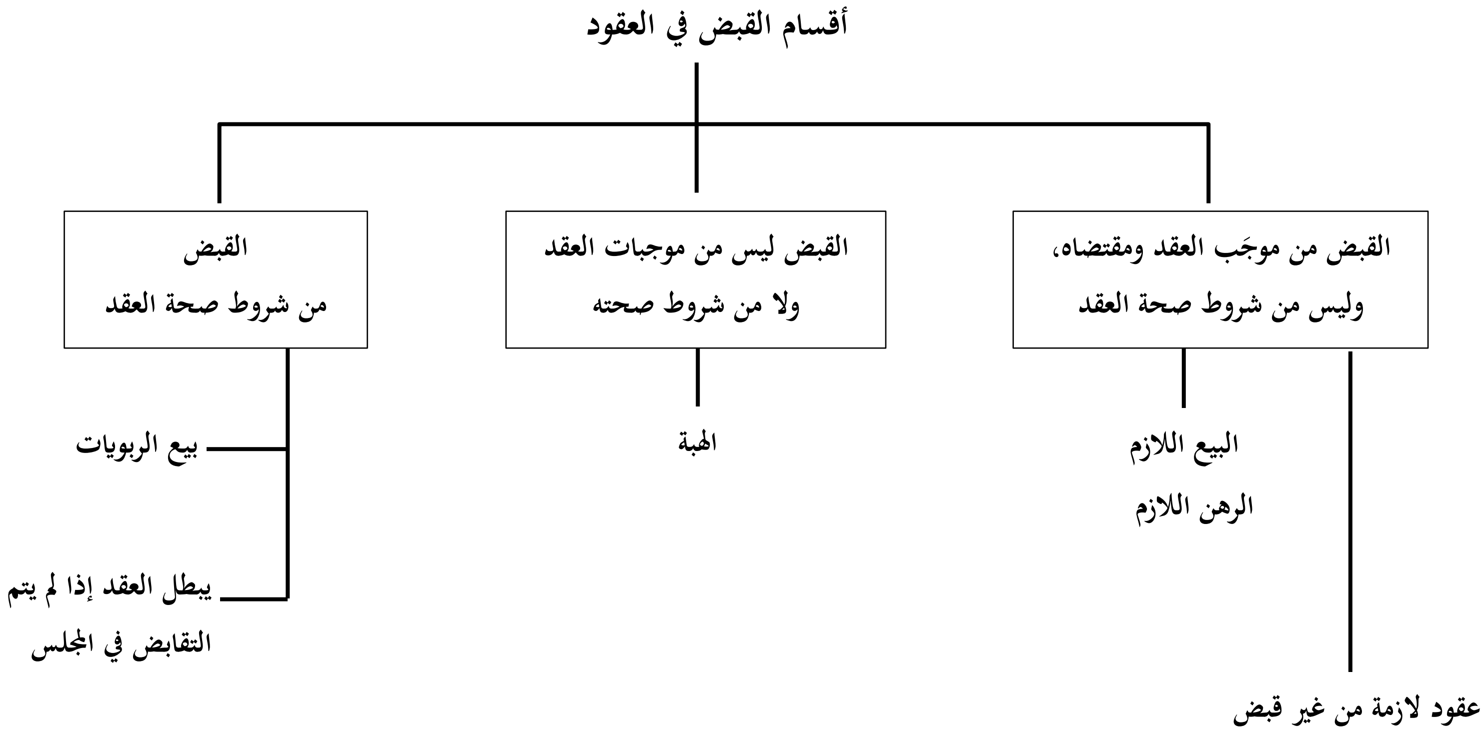
(١) [المائدة: ١].

۞ **المُلَخَّص**: كل من ملك شيئاً بعوض مُلِك عليه العوض في آن واحد.

وأما تسليم العوضين: فيجوز حبس أحدهما علىٰ تسليم الآخر ما لم يتفقا علىٰ غير ذلك.

❑ ❑ ❑

القاعدة التاسعة والأربعون



۞ المَتْن

القاعدة التاسعة والأربعون

القبض في العقود علىٰ قسمين:

أحدهما: أن يكون من موجَب العقد ومقتضاه كالبيع اللازم، والرهن اللازم، والهبة اللازمة، والصداق، وعوض الخلع. فهذه العقود تلزم من غير قبض، وإنما القبض فيها من موجبات عقودها.

الثاني: أن يكون القبض من تمام العقد كالقبض في السلم والربويات، فمتىٰ تفرقا قبل القبض بطل. قال: الشيخ تقي الدين ﵀: التحقيق أن يقال: في هذه العقود إذا لم يحصل القبض فلا عقد، وإن كان بعض الفقهاء يقول: بطل العقد، فكما يقال إذا لم يقبل المخاطب بطل الإيجاب، فهذا بطلان ما لم يتم؛ لا بطلان ما تم. انتهىٰ.

۞ الشَّرح

(القبض في العقود علىٰ قسمين: أحدهما: أن يكون من موجب العقد ومقتضاه) العقد يوجب علىٰ العاقدين أن يسلم كل منهما المعقود عليه إلىٰ الطرف الآخر، حسب الاتفاق من حلول أو أجل.

(كالبيع اللازم) كالبيع بلا خيار.

(والرهن اللازم) كمن اشترط الرهن في العقد.

(والهبة اللازمة) الراجح والله أعلم الرواية الأخرى عن أحمد: لا تلزم الهبة بجميع صورها إلا بالقبض. وهو قول أكثر الفقهاء؛ منهم النخعي والثوري والحسن بن

صالح وأبو حنيفة والشافعي وذلك لإجماع الصحابة رضي الله عنهم؛ فإنه مروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف:

١ ـ عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جادّ عشرين وسقًا من ماله بالغابة؛ فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية، ما من الناس أحب إليَّ غنىً بعدي منك، ولا أعز علي فقرًا بعدي منك، وإني كنت نحلتك جادّ عشرين وَسقًا؛ فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقتسموه على كتاب الله عز وجل[1].

٢ ـ عن عبد الرحمن بن عبدٍ القاري أن عمر بن الخطاب قال: ما بال أقوام يَنْحَلون أبناءَهم نحلاً ثم يمسكونها فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لم أعطه أحدًا، وإن مات هو قال: هو لابني، قد كنت أعطيته إياه. من نحل نحلة فلم يجزها الذي نُحِلها حتى يكون إن مات لورثته فهي باطل[2].

فالهبة غير المقبوضة كما لو مات قبل أن يقبض؛ فإن مالكا يقول: لا يلزم الورثة التسليم.

٣ ـ وروى عثمان أن الوالد يحوز لولده إذا كانوا صغارًا؛ أي يقبضها لصالحهم.

٤ ـ قال المروذي: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة.

٥ ـ أما حديث: «العائد في هبته» محمول على المقبوض؛ إذ لا تعتبر هبة إلا بالقبض.

---

(٢) رواه مالك (٧٥٢) وصححه الألباني في الإرواء (١٦١٩).

(١) رواه مالك (٧٥٣) بسند صحيح.

٦ ـ لا يصح القياس علىٰ الوقف والوصية والعتق.

لأن الوقف إخراج ملك إلىٰ الله تعالىٰ؛ فخالف التمليكات.

أما الوصية؛ فقد مات الموصي فلا يسعه التراجع قبل القبض، وقد أخرجها الموصي من حقوق الورثة فتلزم في حق الوارث، ولكنها أمست موقوفة علىٰ قبول الموصىٰ له بالوصية.

والعتق[١] إسقاط حق وليس بتمليك، ولأن الوقف والعتق لا يكون في محل النزاع في المكيل والموزون.

٧ ـ ولأنها إذا أهديت إلىٰ رجل فلم تصل إلىٰ المهدىٰ إليه حتىٰ مات؛ فإنها تعود إلىٰ صاحبها ما لم يقبضها.

وورد عن أم كلثوم بنت أبي سلمة، قالت: «**لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة قال لها: إني قد أهديت إلىٰ النجاشي حلة وأواقي مسك ولا أرىٰ النجاشي إلا قد مات، ولا أرىٰ هديتي إلا مردودة علي، فإن ردت فهي لك. قالت: فكان ما قال رسول الله ﷺ، وردت عليه هديته، فأعطىٰ كل امرأة من نسائه أوقية من مسك، وأعطىٰ أم سلمة بقية المسك والحلة**»[٢].

(**والصداق وعوض الخلع**) فإذا عقد النكاح صح العقد ولو تأخر قبض الصداق، وكذا الخلع يصح ولو تأخر قبض العِوض.

---

(٢) يغلب فيه حق الله تعالىٰ.

(١) رواه أحمد (٦/٤٠٤) وابن حبان (٥١١٤) وغيرهما من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن موسىٰ بن عقبة عن أمه عن أم كلثوم؛ ومسلم سيء الحفظ، وأم موسىٰ لا تعرف، وضعفه الألباني في الإرواء (١٦٢٠).

(فهذه العقود تلزم) الأصل في العقود اللازمة اللزوم سواء حصل القبض أم لم يحصل ما لم يرد دليل بعدم لزومه إلا باشتراط القبض في العقد؛ ولا يقتضي ذلك حظر أحقية تسليم أحد المعقود عليه علىٰ تسليم المعقود عليه الآخر للطرف الآخر.

(من غير قبض) تلزم ولو تأجل القبض.

(وإنما القبض فيها من موجَبات عقودها) أي العقد يوجب التقابض ولو تأجل، وليس التقابض شرطاً في صحتها.

(الثاني: أن يكون القبض من تمام العقد) إذ اعتبره بعضهم شرطًا لصحته، واعتبره بعضهم الآخر ركنًا من أركانه، فالعقد باطل إذا لم يتم القبض؛ وذلك لورود الأدلة التي تنهىٰ عنه ما لم يحصل التقابض.

(كالقبض في السَّلَم والربويات) أما الربويات فلقول النبي ﷺ: «**لا تبيعوا الذهب بالذهب إلّا مثلاً بمثل، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل... ولا تبيعوا منها غائبًا بناجز**»[(١)]. فعند مبادلة ربوي بآخر يوافقه في علة ربا الفضل كبُرٍّ بشعير؛ إذا لم يحصل التقابض في مجلس العقد بطل.

كذا في بيع السَّلَم؛ إذا تفرقا قبل قبض رأس مال السلم بطل؛ لقول النبي ﷺ: «من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلىٰ أجل معلوم»[(٢)]. وفي رواية له «فليسلف في كيل معلوم» الحديث «فالتسليف في اللغة التي بها خاطبنا ﷺ هو أن يعطي شيئاً في شيء. فمن لم يدفع ما أسلف فلم يسلف شيئاً لكن

(٢) رواه البخاري (٢١٧٧) ومسلم (١٥٨٤).

(٣) رواه البخاري (٢٢٤٠).

وعد بأن يسلف»[١].

نوقش

الحديث لم يشترط القبض، وإنما بين النبي ﷺ أن من أعطى حالاً في شيء مؤجل فإنه يشترط فيه العلم بمقدار ما أسلف فيه والعلم بالأجل، لذا أجازوا عقد الاستصناع؛ واختار القاضي أبو يعلي جواز التفرق عن مجلس العقد قبل قبض الثمن[٢].

(فمتى تفرقا قبل القبض بطل) ويعتبر حينئذ وعدًا، ومن ذلك أيضًا القرض، والصدقة، والزكاة لا تملك إلا بالقبض[٣].

عقد الاستصناع[٤]

لغة: طلب صناعة الشيء.

اصطلاحًا: عقد على مبيع في الذمة، شُرِط فيه العمل على الصانع.

كما لو قال للنجار: اصنع لي بابًا طوله كذا وعرضه كذا، واتفقا على ثمن معين.

اشترط فيه المالكية أن يكون من دائم العمل: أي من كان من أهل حرفة الشيء المشترى. فهو كالسلم لكن يختلف عنه بجواز تأجيل الثمن، فالذي لم يتم فيه القبض من الطرفين لا يسمى سلمًا، بل عقد مؤجل العوضين، أو يأخذ منه كل يوم قدرًا معينًا بثمن معين.

---

(٢) المحلىٰ لابن حزم (٩/١٠٩).

(٣) الإنصاف (٤/٣٠٠).

(٤) الشرح الكبير مع الإنصاف (١٢/٣٣٠).

(١) انظر فقه المعاملات الحديثة. د. عبد الوهاب بو سلمان (٣٥ ـ ٩٦).

والفرق بينه وبين البيع: أن المعقود عليه؛ العين مطلوبة العمل مطلوب صناعتها، ويكون عقدًا وليس وعدًا فقط.

حكمه: الصحة، والله أعلم. وهو قول الحنفية، وبعض الحنابلة، واختاره الشيخ السعدي.

۞ الأدِلَّة

١ ـ الأصل في المعاملات الإباحة إلا لدليل.

٢ ـ الإجماع العملي؛ فلم يزل الناس يتعاملون به من غير نكير.

٣ ـ الحاجة تدعو إليه وإلا وقع الحرج؛ قال ﷻ: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾(١).

شروطه

الأول: أن يكون المستصنع فيه معلومًا.

الثاني: أن يكون المستصنع فيه مما يجري فيه التعامل بين الناس كالطائرات والسيارات والسفن والأجهزة الإلكترونية، وكذا إقامة المباني، وعموم المعاملات والأطعمة المعلبة وغيرها.

الثالث: يحدد فيه الأجل لإتمام الصناعة.

الرابع: **انتفاء المانع**. من القواعد الأصولية للإباحة انتفاء المانع في العقد أن يكون فيه غرر أو ربا أو ظلم.

(١) [الحج: ٧٨].

ولاجتناب الوقوع في الغرر يجب تلافي الأمور الآتية:

١ ـ ما يرجع إلىٰ تعذر التسليم. من ضروريات عقد الاستصناع اطمئنان المشتري من قدرة البائع علىٰ تسليم المبيع في الوقت المحدد، وحرصه علىٰ التأكيد ذلك، وأخذ ضمانات قد تكون مالية أحياناً للوفاء بالعقد كالعربون، أو التأمين.

أما البائع في مقابل الضمانات المالية والقانونية التي يضعها المشتري عليه فإنها تُملىٰ عليه أن يبرم العقد ويوقعه متأكداً من إنجازه، وتسمح إمكاناته المادية به، وبهذا ينتفي هذا العنصر منه، يبلغ الأمر أحياناً بالمشتري في العقود التجارية الحديثة أن يضع شرطاً جزائياً وغرامة مالية في حالة تخلف البائع عن التسليم في الموعد المحدد.

٢ ـ ما يرجع إلىٰ الجهل بجنس المبيع، أو صفته، أو الجهل بالثمن في جنسه ومقداره، أو شرط الخيار الممتد والأجل المجهول: مثل هذا لا يجري في عقود الاستصناع الحديث بحال، بل جميعها معلومة.

٣ ـ الخطر ببيع ما لا تُرجىٰ سلامته.

إن التاجر في الوقت الحاضر بائعاً أو مشترياً؛ مصدِّراً أو مورِّداً لا يقدم علىٰ إبرام عقد الاستصناع ما لم يكن متأكداً من سلامة الحصول علىٰ المعقود عليه، وتأمين تسليمه إلىٰ أصحابه.

من صوره

١ ـ الاستصناع المتوازي. وهو المقاولة في الباطن؛ سواءً مع مصرف أو شركة، لكن بشرط أن يكون المصرف هو الذي يتابع تصنيعها ويكون مسؤولًا عنها إلىٰ أن يتم تسليمها إلىٰ المستصنع.

٢ ـ المقاولات.

٣ ـ عقود التوريد. إذ مقتضىٰ عقد التوريد تأجيل دفع الثمن حتىٰ يتم تسليم البضاعة إلا أن يكون المشتري متطوعًا بتقديمه اختيارًا.

من صور عقد التوريد

* **أولًا**: دفع الثمن مؤجلًا يتزامن وتسليم السلعة، أو يتقدم أحدهما علىٰ الآخر في التأجيل حسب شروط العقد.

* **ثانيًا**: يدفع المشتري عربونًا أو تأمينًا أو ضمانًا يُحسب من ثمن السلعة المؤجل تسليمها.

* **ثالثًا**: يدفع كل من المتعاقدين مبلغًا من المال يحسب علىٰ أساس نسبة الثمن لضمان التزام كل منهما بالعقد وتنفيذه، ويودع لدىٰ طرف ثالث أو إدارة السوق كي تضمن تنفيذ العقد من الطرفين، ويعاد للبائع ما دفعه عند التنفيذ، ويحسب ما دفعه المشتري جزءًا من الثمن الكلي.

۞ الأدلة على جوازه

١ ـ عموم الحكم في قوله تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾(١)، إذ الحِل هنا يشمل البيع الحاضر عن رؤية والمبيع الغائب بالصفة دون تفرقة بينهما.

٢ ـ وقوله تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(٢)، والحكم بالإباحة للتجارة عام مشروط بالتراضي بين

---

(٢) [البقرة: ٢٧٥].

(١) [النساء: ٢٩].

العاقدين فحسب، دون تخصيص بكونها موجودة أو غائبة.

٣ ـ القياس على ما روي عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع السنبل **حتى يبيض ويأمن العاهة**(١)، فإذا جاز بيع الحب في أكمامه على صفةٍ ما إن كان حاضرًا وهو غير مرئي جاز أن يشتري منه إذا كان غائبًا على صفة منضبطة، إذ لا فرق إذا غاب المبيع بين أن يبيعه على الصفة أو على مثال يريه إياه(٢).

قال شيخ الإسلام: فإن الاعتبار في جميع التصرفات القولية بالمعاني لا بما يحمل على الألفاظ(٣).

وقال: والصواب: هو الطريقة الأولى، فإن الاعتبار في العقود بالمعاني والمقاصد، لا بمجرد اللفظ... وهذا كالسلم الحال في لفظ البيع(٤).

٤ ـ وأما دليل حديث حكيم بن حزام مرفوعًا: «**لا تبع ما ليس عندك**»(٥).

قال تقي الدين ابن تيمية: نهي النبي ﷺ حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده؛ إما أن يراد به:

أ ـ بيع عين معينة، فيكون قد باع مال الغير قبل أن يشتريه؛ وفيه نظر [أي القول بأن هذا معنى الحديث فيه نظر].

ب ـ وإما أن يراد به بيع ما لا يقدر على تسليمه وإن كان في الذمة؛ وهذا أشبه.

(٢) رواه مسلم (١٥٣٥).

(٣) ابن رشد، المقدمات الممهدات (٢/٧٨).

(٤) مجموع الفتاوى (١٢١/٢٩).

(٥) مجموع الفتاوى (١١٢/٣٠، ١٩٨).

(١) رواه أبو داود (٣٥٠٣) وحسنه الترمذي (١٢٣٢) وصححه ابن الجارود (٦٠٢) وابن حزم (٥١٩/٨) والألباني في الإرواء (١٢٩٢).

فيكون قد ضمن له شيئًا لا يدري هل يحصل أو لا يحصل؟

قال ابن القيم: فلو كان السلف الحال لا يجوز مطلقاً لقال به ابتداء. «لا تبع هذا»، سواءً كان عنده أو ليس عنده.

رجح ابن القيم أنه «بيع معدوم لا يدري يحصل أو لا يحصل، فإن البائع إذا باع ما ليس في ملكه ولا قدرة له علىٰ تسليمه ليذهب ويحصله ويسلمه إلىٰ المشتري كان ذلك شبيهاً بالقمار والمخاطرة من غير حاجة إلىٰ هذا العقد»[1].

«وليس في كتاب الله تعالىٰ أو في سنة رسول الله ﷺ ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز... بل الذي وردت به السنة النهي عن بيع الغرر وهو ما لا يقدر علىٰ تسليمه سواءً كان موجوداً أو معدوماً»[2].

(قال: الشيخ تقي الدين رحمه الله: التحقيق أن يقال في هذه العقود: إذا لم يحصل القبض فلا عقد؛ وإن كان بعض الفقهاء يقول: بطل العقد. فكما يقال: إذا لم يقبل المخاطب بطل الإيجاب؛ فهذا بطلان ما لم يتم لا بطلان ما تم. انتهىٰ)

۞ المُلَخَّص: القبض ليس من شروط صحة العقد إلا في بيع الربويات.

وأقسامه ثلاثة:

١ ـ أن يكون القبض من موجب العقد ومقتضاه وليس شرطاً له.

٢ ـ أن لا يكون من موجبه ولا مقتضاه ولا شرطاً له.

٣ ـ أن يكون شرطاً له.

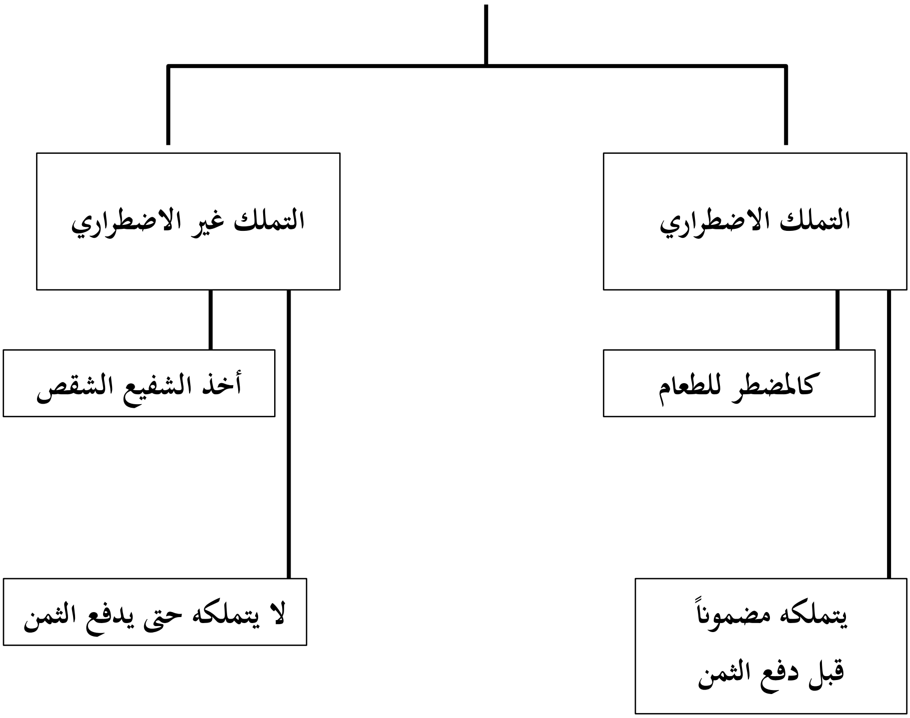
---

(٢) زاد المعاد (٨٠٨/٥ ـ ٨١٠).

(١) أعلام الموقعين (٩/٢).

القاعدة الخمسون

هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن



❁ المَتْن

القاعدة الخمسون

هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن، أو يقع بدونه مضمونًا في الذمة؟ هذا على ضربين:

أحدهما: التملك الاضطراري. كمن اضطر إلى طعام الغير ومَنَعَه وقدر على أخذه، فإنه يأخذه مضمونًا سواء كان معه ثمن يدفعه في الحال أو لا؛ لأن ضرره لا يندفع إلا بذلك.

والثاني: ما عداه من التملكات المشروعة لإزالة ضرر ما كالأخذ بالشفعة، وأخذ الغراس والبناء من المستعير والمستأجر؛ والزرع من الغاصب، وتقويم الشقص من العبد المشترك إذا قيل إنه تملك يقف على التقويم، وكالفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الثمن. يتخرج ذلك كله على وجهين.

تنبيه

الأملاك القهرية تخالف الاختيارية من جهة أسبابها وشروطها وأحكامها، ويملك ما لا يتملك بها.

❁ الشَّرْح

(هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن أو يقع بدونه مضموناً في الذمة) في العقود التي يأخذ فيها أحد العاقدين ما يملكه الآخر قهرًا رغمًا عنه؛ هل يتوقف تملكه للعين على دفعه الثمن للمالك؟ أم يملكه ولو لم يدفع الثمن؛ ولكنه يضمنه في ذمته؟

(هذا على ضربين:

أحدهما: التملك الاضطراري. كمن اضطر إلى طعام الغير ومنعه وقدر على أخذه، فإنه يأخذه مضمونًا سواء كان معه ثمن يدفعه في الحال أو لا؛ لأن ضرره لا يندفع إلا بذلك)

الأول: التملك الاضطراري.

من صوره أن يضطر أحدهم إلى تناول طعام يملكه طرف آخر فمنعه ولكنه قدر على أخذه، فإنه يأخذه ليرفع به الضرر عن نفسه ويملكه بذلك، ويملك الآخر العوض بمجرد تملك الطرف الأول للطعام.

هذا النوع يُتسامح فيه لأنه مضطر إلى الطعام، ولو لم يتملك هذا الطعام حتى ينقد العوض لربما هلك، ويستدل له بقاعدة «الضرورات تبيح المحظورات».

(والثاني: ما عداه من التملكات المشروعة لإزالة ضرر ما كالأخذ بالشفعة)

الثاني: التملك غير الاضطراري

من صوره: أخذ الشفيع الشقص.

اشترك اثنان في تملك بيت، فباع الأول شقصه (سهمه) لطرف ثالث، فطالب الشفيع بحق الشفعة فأخذ السهم من الطرف الثالث قهراً، فهل يتملكه قبل دفع العوض للمشتري؟

وهذا النوع ليس اضطرارياً، إنما شرع هذا النوع من الحقوق لرفع الضرر. فهو على وجهين، فالراجح أنه لا يتملكه حتى يدفع للمشتري الثمن؛ وهو قول الإمام أحمد وابن تيمية.

الدليل

١ ـ الأصل المنع من التسلط على الأموال قهرًا، فالأموال محترمه قال ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا**»(١).

٢ ـ وإلا لحصل ضرر وفساد عظيم.

٣ ـ شرع الانتزاع القهري لدفع الضرر(٢)، فلا يدفع الضرر بضرر أكبر منه(٣).

٤ ـ لو تملكه من غير دفع الثمن لاجتمع له العوض والمعوَّض(٤).

٥ ـ فيكون ظلم الطرف الثالث.

٦ ـ ويصبح الثمن مؤجلًا بلا عقد ولا موافقة ولا تراضٍ.

٧ ـ إن الشارع جعل للشفيع الأولية ولكنه لم يهمل الضوابط الأخرى وهي حقوق المالك.

٨ ـ القاعدة: «الأصل في العقود العدل». فمن العدل أن يتم استلام كل من الطرفين حقه من الثمن والمثمن.

(وأخذ الغراس والبناء من المستعير والمستأجر؛ والزرع من الغاصب) من صوره:

استعار أرضًا ثم غرس فيها زرعًا أو بنى عليها دون إذن المالك.

استأجر أرضًا ثم غرس فيها زرعاً أو بنى عليها دون إذن المالك.

(٢) رواه البخاري (٥٥٥٠) ومسلم (١٦٧٩).

(٣) قواعد ابن رجب (١/٣٦٠).

(٤) قواعد ابن رجب (١/٣٦٠).

(١) قواعد ابن رجب (١/٣٦٠).

غصب أرضًا ثم غرس فيها أو بنىٰ عليها دون إذن المالك.

فللمالك أربعة خيارات:

١ ـ أن يقلعه. لأنه لم يأذن له، ولا حق للغارس أو الباني في شيء منه للحديث: «**ليس لعرق ظالم حق**»(١).

ولكن في هذا الخيار إفساد للزرع والبناء ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ ﴾(٢)، والضرر لا يزال بالضرر، وفيه مضرة علىٰ المستعير أو المستأجر.

٢ ـ أن يتملكه صاحب الأرض، وليس للغارس حق فيه أو الباني؛ وهذا:

أ ـ فيه ظلم للغارس أو الباني.

ب ـ قال ﷺ: «**كل المسلم علىٰ المسلم حرام؛ دمه وماله وعرضه**»(٣)؛ إذ لا حق للمالك في البناء والغرس.

جـ ـ وقال ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا، في بلدكم هذا، في شهركم هذا**»(٤).

٣ ـ أن لا يتملكه صاحب الأرض، ويكون ملكًا للمستعير، ولا يقلع ولا يهدم.

أ ـ وهذا فيه مضرة علىٰ المالك.

ب ـ قال النبي ﷺ: «**ليس لعرق ظالم حق**»(٥).

---

(٢) رواه أبو داود (٣٠٧٣) وحسنه الترمذي (١٣٧٨) وصححه الألباني في الإرواء (١٥٢٠).

(٣) [البقرة: ٢٠٥].

(٤) رواه مسلم (٢٥٦٤).

(٥) رواه البخاري (٥٥٥٠) ومسلم (١٦٧٩).

(٦) رواه أبو داود (٣٠٧٣) وصححه الألباني في الإرواء (١٥٢٠).

جـ ـ وفيه إعانة الظالم على ظلمه وترويج للظلم.

٤ ـ أن يتملكه مالك الأرض(١)، ويضمن الغرس والبناء، ويتصالحا على دفع الثمن؛ إذ حث الإسلام على الصلح، والصلح فيه تنازل عن شيء من الحقوق، وقد قال الله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾(٢)، وقال تعالى: ﴿فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ﴾(٣).

هل يدفع الثمن حالًا على ما يتصالحان عليه؟

دليل القائلين بأن يكون بينهما:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿لَا تَظۡلِمُونَ وَلَا تُظۡلَمُونَ﴾. فكيف يكون للمالك الربح كاملاً ولم يعمل شيئاً بينما يُحرم العامل.

٢ ـ العدل. قال الله تعالى: ﴿۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ﴾، فليس من العدل أن يأخذ المالك الربح كاملاً إلا إذا قدرنا أن الغاصب أذن للمالك في الربح كله.

٣ ـ الصلح معتبر في الشريعة إذ قال الله تعالى: ﴿فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ﴾، وقال سبحانه ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾ والصلح لا بد وأن يكون فيه تنازل عن شيء من الحقوق.

٤ ـ قال أسلم مولى عمر: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت. ثم قال: بلى، هاهنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعًا من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين

(٢) لذا يلحق بالقسم الأول الاضطراري.

(٣) [النساء: ١٢٨].

(١) [الحجرات: ٩].

ويكون الربح لكما. فقالا: وددنا ذلك. ففعل، وكتب إلىٰ عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال. فلما قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلىٰ عمر قال: أَكُلَّ الجيش أسلفَه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا. فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه. فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا؛ لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه؟ فقال عمر: أدياه. فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله. فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين! لو جعلته قراضًا؟ فقال عمر: قد جعلته قراضًا. فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال[1].

ووجه الاستدلال: أن عمر رضي الله عنه حكم أولًا بأن نماء هذا المال يرجع إلىٰ مالكه وهو بيت المال، ثم لما روجع في ذلك رجع إلىٰ القول بأنه بينهما مضاربة. فكذلك من عمل بمال غيره فكسب به يكون الربح بينهما كالمضاربة[2].

ويمكن أن يناقش هذا: بالفرق بين الصورتين؛ وهما: الحادثة التي وقعت في هذا الأثر؛ ومسألة نماء المغصوب. فالذي وقع في هذا الأثر أن ابني عمر رضي الله عنهم لم يأخذا المال غصبًا، وإنما أخذاه قرضًا، ظنًّا منهما أن ذلك يحل لهما، وقد أعطاهما الوالي أبو موسىٰ رضي الله عنه بإذنه، فغاية أمرهما أن يكونا أخذاه إما بجهل أو بتأويل، فلا يقاس الغاصب علىٰ المتأول أو الجاهل، وكيف يكون شريكًا في الربح مع تعديه وظلمه؟

وعلىٰ هذا فيمكن القول: أن من عمل في مال غيره بغير إذنه إن كان عن جهل أو

(٢) رواه مالك في الموطأ في كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، رقم (١).
(٣) اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية (٤١/٨ ـ ٤٢) د. فهد اليحيىٰ.

تأويل فيكون الحكم كما قال شيخ الإسلام ـ رحمه الله ـ: بأن تقدر المعاملة مضاربة وكما دل عليه هذا الأثر][١].

وإن كان عن تعدٍّ وظلم فلو قيل أن نصف النماء للغاصب والمتعدي لكان فيه إعانة وتشجيع على التعدي والغصب ؛ فإن بعض الناس قد يحمله ذلك على أخذ مال غيره والإتجار به حين يعلم أنه إذا طولب كان له ما يكون لغيره من الربح. ولكن يقال بأنه يخصم من الربح قيمة الإدارة ، ولا تعطى للمعتدي وإنما يحكم فيها القاضي ، فإن شاء جعلها في بيت مال المسلمين عقوبة وإن شاء ناصفها وأعطاه منها نصيباً.

٥ ـ يجوز العفو في حق المتعمد. إذ يجوز العفو في القصاص ، فكذا يجوز عفو المالك عن الغاصب في شيء من الربح.

٦ ـ الخيارات أربعة:

أ ـ إما أن يكون الربح كله للمالك ؛ وهذا فيه شيء من الظلم.

ب ـ أو يكون كله للمتعدي ؛ وهذا فيه ظلم وإعانة على التعدي والظلم.

جـ ـ أو يتلف البناء والزرع وهذا إفساد للأموال ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ ۝٢٠٥﴾[٢].

د ـ أو يكون بينهما وهو الأقرب ، ويعزر الظالم.

(وتقويم الشقص من العبد المشترك إذا قيل إنه تملك يقف على التقويم)

الشقص: نصيب المالك من العبد وحصته.

---

(٢) اختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية (٨/٤١ ـ ٤٢) د. فهد اليحيى.

(١) [البقرة: ٢٠٥].

إذا اشترك اثنان في ملك عبد ؛ لكل منهما الشطر ، فأعتق أحدهما نصيبه (شقصه) فإنه ينظر إلىٰ شقص المالك الآخر فيُقوَّم ، ثم ينظر : هل للمعتِق يسار يستطيع دفع قيمة الشقص الآخر . فإن كان له يسار فإنه يعتق عليه:

أ ـ فإذا دفع قيمته ساعة عتق الشقص الأول عتق عليه .

ب ـ وإذا لم يدفع قيمته وجب عليه وأثم .

فينظر:

١ ـ **القول الأول:** هو عتق علىٰ الأول اضطرارًا . ويضمنه ويلزمه الحاكم بذلك ؛ لحديث: «من أعتق شقيصًا له من عبد أو شركًا أو نصيبًا وكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق وإلا فقد عتق عليه ما عتق»[1] ، وهذا يدخل في القسم الأول .

٢ ـ **القول الثاني:** وجب عليه العتق بدفع قيمته ، ولا يتملكه حتىٰ يدفع قيمته . فإذا أعتقه شريكه قبل أن يدفع الأول القيمة عتق علىٰ الآخر ، أما إذا دفع المعتق الأول قيمته قبل عتق المالك الثاني نصيبه عتق عليه ؛ وهذا قول مالك والشافعي .

والراجح القول الأول لنص الحديث: «كان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق» ، وثمنه مضمون بالذمة .

(وكالفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الثمن) كأن يبيع السيارة نقدًا حالًا علىٰ أن للبائع الخيار أسبوعاً في فسخ البيع . فإذا فسخ البائع البيع بعد خمسة أيام فعليه أن يرد الثمن لئلا يجتمع له العوض والمعوض ، وإلا فلا فسخ ؛ فلا يتملك البائع المبيع إلا بدفع الثمن ، فإذا مضىٰ اليوم السابع فلا فسخ وإن أبلغه

(١) رواه البخاري (٢٤٩١).

بالفسخ كالأخذ بالشفعة ؛ وهو قول أحمد وابن تيمية . قال الإمام أحمد : كيف له الخيار ولم يعطه ماله ؟ ليس هذا بشيء ؛ إن أعطاه فله الخيار ، وإن لم يعطه ماله فليس له خيار[١] .

أما الوجه الآخر فقد وقع الفسخ ؛ والثمن مضمون في الذمة .

(تنبيه: الأملاك القهرية تخالف الاختيارية من جهة أسبابها) التملك القهري يحصل بالاستيلاء على ملك الأجنبي ؛ كالاستيلاء على الطعام للمضطر بلا رضا المالك . وسبب القهر الاضطراري أنه إذا لم يتحقق وقع ضرر عظيم على طرف المقهور المضطر . بينما التملك الاختياري لا يحصل بالاستيلاء عليه ، وإنما برضاه وبعقد بينهما .

(وشروطها) لا يشترط لصحة التملك القهري معرفة المملوك في بعض صوره ، بينما يشترط للتملك الاختياري معرفته وإلا أصبح غرراً محرماً .

وليس من شروط الاضطراري رضا المالك في بعض صوره ، ولا يعتبر فيه شرط أحد العاقدين من دفع الثمن عاجلاً ، بينما من شروط الاختياري رضا المالك وتعتبر فيه الشروط المصاحبة للعقد .

(وأحكامها) بعض أنواع التملك القهري كالاضطراري فإنه يملكه ، ولا يتوقف على دفع الثمن ساعة تملكه كالطعام للمضطر وعتق شقص الموسر . بينما التملك الاختياري لا يتملكه إلا بدفع الثمن إذا لم يتفقا على التأجيل .

(ويملك ما لا يتملك بها) يملك بالأملاك القهرية ما لا يملكه بالاختيارية .

منها تملك الكافر العبد المسلم بالإرث . فإذا ملك كافر عبداً مسلماً ثم مات ورثه

---

(١) قواعد ابن رجب (٣٦٠/١) ، انظر مجموع الفتاوى (٢٦٤/٢٩) .

ويرثه ابنه الكافر فإنه يملكه قهرًا، بينما لا يصح له شراء العبد المسلم.

ويملك الكلب بالميراث قهرًا، بينما لا يجوز له تملكه اختيارًا بالشراء.

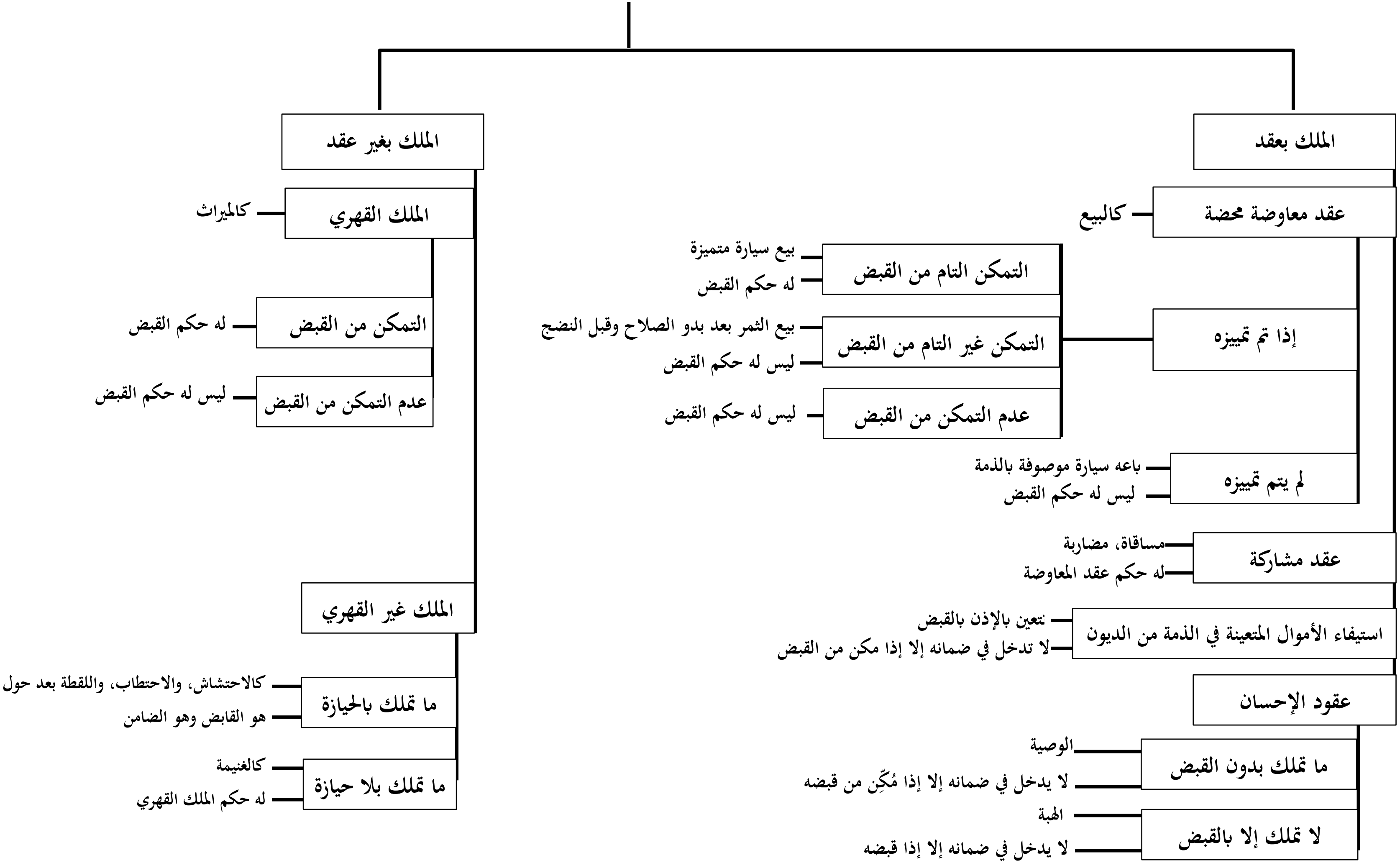
يناقش: لكنه يمكن أن يتملكه اختيارًا هبة.

۞ المُلَخَّص: يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن ما لم يكن اضطرارياً فإنه يتملكه مضموناً قبل دفع الثمن.

❑ ❑ ❑

القاعدة الحادية والخمسون

فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكه؛ وما لا يعتبر



۞ المَتْن

القاعدة الحادية والخمسون

فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكه، وما لا يعتبر له.

الملك تارة يقع بعقد، وتارة بغير عقد.

والعقود نوعان:

أحدهما: عقود المعاوضات المحضة. فينتقل الضمان فيها إلىٰ من ينتقل إليه الملك بمجرد التمكن من القبض التام والحيازة إذا تميز المعقود عليه من غيره وتعين. فأما المبيع المبهم غير المتعين كقفيز من صبرة، فلا ينتقل ضمانها بدون القبض. وهل يكفي كيله وتمييزه؟ أم لا بد من نقله؟ حكىٰ الأصحاب فيه روايتين.

النوع الثاني: عقود لا معاوضة فيها كالصدقة والهبة والوصية. فالوصية تملك بدون القبض، والهبة والصدقة فيهما خلاف.

وهذا كله في المملوك بعقد.

فأما المملوك بغير عقد، فنوعان:

أحدهما: الملك القهري كالميراث، وفي ضمانه وجهان: الأول: أنه يستقر علىٰ الورثة بالموت إذا كان المال عينًا حاضرة يتمكن من قبضها.

وقال القاضي وابن عقيل: لا يدخل في ضمانهم بدون القبض، ما لم يتمكنوا من قبضه، والأول أصح.

والنوع الثاني: ما يحصل بسبب من الآدمي يترتب عليه الملك، فإن كان حيازة

مباح كالاحتشاش والاحتطاب والاغتنام ونحوها فلا إشكال، ولا ضمان هنا على أحد سواه، ولو وكَّل في ذلك أو شارك فيه دخل في حكم الشركة والوكالة، وكذلك اللقطة بعد الحول لأنها في يده.

وإن كان تعين ماله في ذمة غيره من الديون فلا يتعين في المذهب المشهور إلا بالقبض، وعلى القول الآخر يتعين بالإذن في القبض، فالمعتبر حكم ذلك الإذن.

۞ الشَّرْح

(فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكه، وما لا يعتبر له) هذه القاعدة تتناول علاقة الضمان بالقبض، وما هو القبض الذي يعتبر به المالك ضامنًا للمقبوض.

(الملك تارة يقع بعقد، وتارة بغير عقد) الأملاك تتحقق وتملك إما بعقود كعقد البيع والنكاح والهبة والوصية، وإما بغير عقود كالملك القهري بالميراث؛ أو بالكسب والعمل كالاحتطاب والصيد.

القسم الأول: الأملاك التي تملك بالعقود.

(والعقود نوعان)

النوع الأول: عقود المعاوضات المحضة؛ كالبيع والإجارة والجعالة.

النوع الثاني: عقود لا معاوضة فيها؛ كالصدقة والهبة والوصية.

(أحدهما: عقود المعاوضات المحضة) التي يقصد من ورائها العوض أو الربح.

(فينتقل الضمان فيها إلى من ينتقل الملك إليه بمجرد التمكن من القبض التام والحيازة إذا تميز المعقود عليه من غيره وتعيَّن)

❊ **أولًا: التمكن من القبض** ينقسم إلىٰ قسمين:

القسم الأول: التمكن التام من القبض.

هو أن يتمكن العاقد من استيفاء منفعة المعقود عليه. كأن يشتري سيارة معينة فيمكنه البائع من الاستلام، فيمر عليه زمن يستطيع خلاله قبض المعقود عليه؛ فالضمان علىٰ من؟

القسم الثاني: التمكن غير التام من القبض. وهو أن يمكنه البائع من المبيع ولا يتمكن المشتري من قبضه.

هو الذي لا يتمكن فيه العاقد من استيفاء منفعة العين. كأن يشتري ثمرًا بعد بدو الصلاح قبل اكتمال صلاحه، أو علىٰ الشجر ويصعب عليه حصده وإنما يحتاج إلىٰ خدمة تستغرق زمناً لحصده الحصد المعتاد، أو باعه سيارة ولم يستطع إخراجها من المخزن لعدم الانتهاء من إجراءات المرور. وفي جميع هذه الصور مكنه البائع من القبض؛ فالضمان علىٰ من؟

❊ **ثانيًا: تميز المعقود عليه من غيره.**

المعقود عليه إما أن يكون متميزًا عن غيره أو غير متميز.

١ ـ **غير المتميز**. اشترىٰ سيارة تويوتا ـ أفالون ـ ٢٠١٢ ـ كاملة المواصفات بيضاء، ولكن توجد منها (٢٠) حبة؛ فلم تتميز بعد. أو اشترىٰ غسالة هوفر أوتوماتيك بالمواصفات المعروفة، وتوجد منها (١٠٠) حبة؛ فلم تتميز.

٢ ـ **المتميز المتعين**. اشترىٰ السيارة المذكورة وتم تعيينها وتحديدها وربما عزلها المالك، وكذا الغسالة تم تحديدها وتعيينها.

❊ **ثالثًا: معنىٰ الضمان**

١ ـ **لغة**: الالتزام والغرامة والكفالة.

٢ ـ **اصطلاحًا**: التزام برد العين أو بتعويض مثلي أو قيمي عن ضرر للغير جزئي أو كلي، أو عن تلف أو ضياع. وقيل: هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل[١].

❊ **رابعًا: أمثلة علىٰ المسألة**

١ ـ غُصِب المبيع بعد العقد وقبل التمكن من قبضه؛ هل الضمان علىٰ البائع أم علىٰ المشتري؟

٢ ـ اشترى سيارة ثم تلفت أو سرقت قبل أن يتمكن من قبضها؛ فالضمان على من؟

٣ ـ اشترىٰ ثمرة بعد بدو صلاحها فأصابتها آفة قبل كمال صلاحها؛ فالضمان علىٰ من؟

۞ الأدلة على أن الضمان ليس على المشتري

١ ـ قال تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾[٢]، وقال تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ وَتُدۡلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلۡحُكَّامِ لِتَأۡكُلُواْ فَرِيقٗا مِّنۡ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلۡإِثۡمِ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ﴾[٣]، وقال تعالىٰ فيما ذم به بني إسرائيل: ﴿وَأَخۡذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدۡ نُهُواْ

(٢) القواعد والضوابط الفقهية د. حمد الهاجري (٥٨/١) [الضمان في الفقه الإسلامي؛ لعلي الخفيف (٥/١)].

(٣) [النساء: ٢٩].

(٤) [البقرة: ١٨٨].

عَنۡهُ وَأَكۡلِهِمۡ أَمۡوَٰلَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡبَٰطِلِۚ ﴾[١]، قال شيخ الإسلام: مِنْ أكلِ أموال الناس بالباطل أَخْذُ أحدِ العوضين بدون تسليم العوض الآخر[٢]. ا. هـ فالمشتري لم يُمَكَّن تمكيناً تاماً لاستلام المعقود عليه.

٢ ـ عن جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنهما ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «**لو بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق**»[٣]، وفي رواية أخرىٰ: إن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح[٤].

قال تقي الدين ابن تيمية: بيَّن النبي ﷺ في هذا الحديث الصحيح أنه إذا باع ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل له أن يأخذ منه شيئًا، ثم بين سبب ذلك وعلته فقال: «**بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟**» وهذا دلالة علىٰ ما ذكره الله في كتابه الكريم من تحريم أكل المال بالباطل، وأنه إذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه كان أَخْذُ شيءٍ من الثمن أَخْذَ مالِه بغير حق؛ بل بالباطل وقد حرم الله أكل المال بالباطل لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض. وهذا الحديث أصل في هذا الباب»[٥].

٣ ـ «المقصود بالعهود والعقود المالية هو التقابض، فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه... وهذا هو موجب العقود ومقتضاها؛ لأن كلا من المتعاقدين أوجب علىٰ نفسه بالعقد ما طلبه الآخر وسأله منه، فالعقود موجبة للقبض، والقبوض هي المسئولة المقصودة المطلوبة، ولهذا تتم العقود بالتقابض

(٢) [النساء: ١٦١].
(٣) مجموع الفتاوىٰ (٣/٢٦٤).
(٤) رواه مسلم (١٥٥٤)، وأبو داود (٣٤٧٠).
(٥) رواه أبو داود (٣٣٧٤).
(٦) مجموع الفتاوىٰ (٣٠/٢٦٨).

من الطرفين»[١]، وإذا لم يسلم للعاقد ما عقد عليه أو لم يمكنه من القبض التام لم يكن العقد تامًا ؛ لأن المقصود منتف، وحينئذ ينفسخ العقد.

٤ ـ الأصل في العقود العدل، والمعاوضة كالمبايعة والمؤاجرة مبينة على ذلك وعلى المساواة بين الجانبين، فإن أحدهما لم يبذل ما بذله إلا ليحصل له ما طلبه، فإذا لم يحصل له مطلوبه لم يكن ذلك عدلًا بل يكون ظلمًا، والظلم يجب رفعه، فَيُمكَّن من لم يحصل له مطلوبه من الفسخ[٢].

(فأما المبيع المبهم غير المتعين)

❊ **أولًا**: المتميز هو المتعين. فبمجرد التمكن من القبض التام والحيازة ينتقل فيه الضمان إلى العاقد الثاني.

❊ **ثانيًا**: **(المبيع المبهم غير المتعين)** المقصود به غير المتميز.

كمن يشتري سيارة تويوتا أفالون كاملة المواصفات ولكن يوجد منها (٢٠) حبة، ولم تتعين.

وهو نوعان:

النوع الأول: معلوم في بعض الصفات دون بعض. كمن يشتري كومة قمح يراها أمامه، لكنه لا يعرف كيلها أو وزنها. أو يشتري كومة سمك أو ربيان دون معرفة وزنها.

النوع الثاني: معلومة الصفات ولكنها غير معينة ؛ غير متميزة. اشترى كومة قمح

---

(٢) مجموع الفتاوى (٣٠/٢٦٤). انظر القواعد والضوابط الفقهية د. الحصين (٢/٢٧٥ ـ ٢٧٦).

(١) مجموع الفتاوى (٣٠/٢٦٦). انظر القواعد والضوابط الفقهية للحصين (٢/٢٧٦).

معلومة الوزن والنوع ولكن توجد عدة كومات لم يتعين أيتها المباعة.

(كقفيز من صبرة) القفيز؛ المكيال الذي يتعارف عليه الناس. صُبرة: الطعام المجتمع، كالكومة المجهولة القدر، المعلومة بالرؤية(١).

وله حالتان:

الأولى: قام بكيله ثم ميزه، وقال له: هذه الكومة من القمح؛ كيلو جرام واحد بدينار. ثم وزن له منها (١٠كجم)، وفرزها وميزها.

الثانية: لم يقم بكيله، وإنما قال له: خذ من هذه الكومة (الصبرة) من القمح؛ كيلو جرام واحد بدينار؛ ولم يقم بوزنه ولا بتمييزه.

(فلا ينتقل ضمانها بدون القبض) لو هلكت قبل وزنها وتمييزها فالضمان على البائع لحديث: «**بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق**».

(وهل يكفي كيله وتمييزه): لو كاله أو وزنه ثم ميزه وعزله؛ فهل الضمان على المشتري؟

(أم لا بد من نقله؟) أم لا ينتقل الضمان إلى المشتري إلا بنقل الطعام إلى رحل المشتري؟

(حكى الأصحاب فيه روايتين):

الرواية الأولى: يكتفى بكيله وتمييزه، وهذا هو المذهب بشرط تمكين المشتري من قبضه، فالضمان على المشتري؛ ورجحها شيخ الإسلام ابن تيمية(٢).

---

(٢) الموسوعة الفقهية (٧٤/٩).

(٣) مجموع الفتاوى (٣٢٤/٢٠)، (٤٠٠/٢٩)، تفسير آيات أشكلت (٦٤٦/٢، ٦٥١).

الدليل

١ ـ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: ما أدركت الصفقة حيًا مجموعًا فهو من المبتاع[١].

٢ ـ أنه لو نما في هذه اللحظة فالنماء للمشتري، والخراج بالضمان، فإذا كان له الخراج والربح فعليه الضمان[٢].

٣ ـ لأن المشتري المالك فرط في قبضه؛ فكيف يعاقب من لم يفرط ويثاب من فرط؟

الرواية الثانية: لا بد من نقله وإلا فالضمان على البائع.

لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه»[٣]؛ فاشترط النبي صلى الله عليه وسلم قبضه.

نوقش: اشترط قبضه إذا أراد بيعه، ولم يشترط قبضه ليتحول الضمان عليه.

والراجح ما دل عليه القول الأول، والله أعلم.

وكذلك عقود المشاركات واستيفاء الأموال المتعينة في الذمة من الديون لها نفس حكم عقود المعاوضات.

(النوع الثاني: عقود لا معاوضة فيها كالصدقة والهبة والوصية. فالوصية تُملك بدون القبض) عقود الإحسان نوعان: ما تملك بدون القبض كالوصية، وما لا

---

(٢) رواه البخاري معلقاً قبل حديث (٢١٣٨) والطحاوي بسند صحيح في شرح المعاني (١٦/٤)، والدارقطني (٥٣/٣ ـ ٥٤) حديث (٢١٥)، راجع الفتح (٣٥٢/٤)، وتغليق التعليق (٢٤٢/٣)، وصححه ابن حجر فيه.

(٣) تفسير آيات أشكلت (٦٤٦/٢).

(١) رواه البخاري (٢١٢٦).

تملك إلا بالقبض كالهبة.

الأول: ما تملك بدون القبض كالوصية. إذا أوصىٰ لصديقه بألف دينار ثم مات الموصي، فللموصىٰ له أحوال:

إما أن يرد الوصية ولا يقبلها «فيصح الرد وتبطل الوصية؛ لأنه أسقط حقه؛ كعفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع، ولا نعلم فيه خلافًا»[1].

أو يتأخر في قبولها فتبقىٰ مؤجلة مرجأة موقوفة علىٰ قبوله أو رده، ولا يُتصرف فيها لأن الموصي أخرجها من حق الورثة؛ حالها كحال البيع بالخيار من طرف المشتري؛ فالحق للمشتري في الإمضاء أو الفسخ.

أو يقبل الوصية فهي له؛ لأنها دخلت في ملكه.

الدليل علىٰ تملكه لها بالقبول قبل القبض:

١ ـ الأصل في العقود تملك الطرفين للمعقود عليهما قبل القبض ما لم تأتِ قرينة تشترط القبض كالهبة.

٢ ـ لا تقاس الوصية علىٰ الهبة لأن الواهب علىٰ قيد الحياة فله أن يرجع فيها لاحتمال تعرضه لأحوال يكون فيها أشد حاجة من الموهوب له قبل القبض أو ظهور تصرفات من الموهوب له تقتضي رجوع الواهب فيها عن الهبة قبل القبض، بينما في الوصية لم تتوفر تلك العلل.

من وصىٰ بوصية في حدود الثلث لشخص ثم توفي الموصي ثم حصل تلف أو نقص في التركة؛ فهل النقص في ضمان الورثة أي من مال الورثة؟ أم في ضمان

---

(١) المغني (٦/٤٣٧).

الموصىٰ له؟ أم في ضمان التركة؟

الجواب:

لها أحوال:

الحالة الأولىٰ: إذا تعينت الوصية وكانت شرعية في حدود الثلث وتعين الإرث للورثة وتمكن الجميع من القبض ثم حصل النقص في أي منهما، كان النقص في ضمان الجهة التي حصل فيها؛ لأنه بمثابة من قبض ثم حدث النقص أو التلف.

مثال: وصىٰ بعقار لجاره ما قيمته أقل من الثلث، وبعد الوفاة قَبِل جارُه الوصية ومُكِّن الجار من قبضها وتراخىٰ في القبض، وقبل أن يقبضها احترقت، كان في ضمانه.

الحالة الثانية: إذا لم تتعين الوصية وإنما هي مشاعة؛ كأن يوصي بخُمس التركة، ولم يتعين الإرث للورثة ولم يتمكن أي منهم من القبض، ثم حدث نقص أو تلف دون تفريط من الورثة؛ كان النقص أو التلف في ضمان التركة العامة، فللوصية خُمس ما تبقىٰ.

مثال: وصىٰ رجل بخُمس ماله للفقراء وترك خمسة ملايين، وبعد وفاته مع إجراءات قسمة الميراث في المحكمة نقصت التركة إلىٰ اثنين ونصف المليون، فللوصية خُمس ما تبقىٰ من التركة، أي للوصية نصف مليون.

الحالة الثالثة: إذا تعينت الوصية كأن تكون عمارة، ولم يتمكن الورثة ولا الموصىٰ له من قبض الإرث والوصية بلا تفريط ثم حدث نقص في التركة؛ **ينظر:**

أ ـ فإذا كانت الوصية المتعينة في حدود الثلث بعد النقص: فالوصية المتعينة

باقية لأنها في حدود الثلث ، فالضمان علىٰ التركة مما ينتج عنه نقص في الإرث علىٰ الورثة.

مثال: وصىٰ بعمارة معينة للفقراء قيمتها مليون بينما التركة اثنا عشر مليوناً ، فالثلث أربعة ملايين ، والوصية مليون ؛ فهي في حدود الثلث. وبعد الوفاة ومع إجراءات قسمة التركة في المحكمة سرق جزء من التركة فنقصت إلىٰ تسعة ملايين ، فإن الضمان علىٰ التركة ، وينتج عنه نقص من نصيب الورثة ؛ إذ يصبح الثلث حينئذ ثلاثة ملايين ، والعمارة ما زالت في حدود الثلث فتخرج وصية ، ويبقىٰ للورثة ثمانية ملايين ، يقتسمونه.

ب ـ وإذا كانت الوصية المتعينة بعد النقص تزيد علىٰ الثلث ؛ فالضمان علىٰ التركة ، والوصية المتعينة لا يجوز أن تخرج عن حدود الثلث المتبقي ، فتخرج من المتعينة لصالح الوصية بما لا يزيد عن الثلث.

مثال: وصىٰ بعمارة معينة للفقراء قيمتها مليون ، والتركة ثلاثة ملايين ، فالوصية في حدود الثلث. وبعد الوفاة ومع إجراءات قسمة التركة نقصت التركة إلىٰ مليون ونصف ؛ فالضمان علىٰ التركة ، وصار الثلث نصف مليون ، فلا يجوز أن تتعدىٰ الوصية هذا المبلغ ، فتخرج الوصية نصف العمارة أي نصف مليون بينما نصفها الآخر للورثة ، فيكون للورثة ما قيمته مليون.

لو وصىٰ بثلث ماله لصديقه ، وترك ثلاث بنايات متساويات متعادلات ، فقسم الورثة الإرث فأخذوا بنايتين وتركوا بناية للصديق ثم تلفت:

١ ـ لو ردها ولم يقبلها ، لم تكن في ضمانه وإنما ترجع إلىٰ الورثة ويضمنونها.

٢ ـ لو قبلها وقبضها ثم تلفت كانت في ضمانه ، وإذا لم يقبضها ولكن مُكن من

قبضها ثم تلفت: فهي في ضمانه؛ وهو قول أحمد.

٣ ـ وإذا لم يقبضها أو لم يمكن من قبضها:

أ ـ فإذا كان التفريط من الوصي فعليه ضمانها.

مثال: إذا لم يتم تعيينها فالتلف يكون من التركة؛ نصره صاحب المحرر.

ب ـ إذا كان التفريط من قبل الورثة أو تعمدوا تأخير تمكينه منها فعليهم الضمان سواء تم تعيينها أم لم يتم تعيينها.

جـ ـ إذا لم يفرط أحد وتم تعيينها وتأخر الموصىٰ له بالقبول ثم تلفت بآفة سماوية فلا يضمنها الوصي لأنه أمين كالوديعة، ولا تضمنها التركة لأن التفريط والتأخير وقع من الموصىٰ له. فهي في ضمانه ما لم يفرط الوصي؛ وهو قول أحمد.

د ـ وأما إذا لم يتأخر الموصىٰ له ولكنه لم يعلم بتعيينها له إلا بعد تلفها فهي مضمونة علىٰ التركة.

٤ ـ إذا تأخر في قبولها وكانت مشاعة غير معينة:

أ ـ إذا تم تقسيم الإرث: فهي في ضمانه ما لم يفرط الوصي؛ لتأخره في قبولها وتفريطه، فلا يتحمله الورثة لأنه ظلم، ولأن الوصي أمين كالوديعة؛ وهو قول أحمد.

ب ـ إذا لم يقسم الإرث: فليست في ضمانه وإنما يكون الضرر والنقص مشاعًا من التركة؛ وهو وجه في المذهب نصره صاحب المحرر.

(والهبة والصدقة فيهما خلاف) هل تملكان بالعقد؟ أم لا بد من القبض؟

الراجح أن الهبة لا تملك إلا بالقبض لما سبق من الأدلة في القاعدة التاسعة

والأربعون، فالضمان على الواهب. حتى يقبضها الموهوب؛ وهذا النوع يقابل الوصية. أما الصدقة ففيها تفصيل يأتي لاحقاً بإذن الله تعالى.

(وهذا كله في المملوك بعقد، فأما المملوك بغير عقد؛ فنوعان:

أحدهما: الملك القهري كالميراث. وفي ضمانه وجهان: الأول: أنه يستقر على الورثة بالموت إذا كان المال عينًا حاضرة يتمكن من قبضها) قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل ترك مئتي دينار وعبدًا قيمته مائة دينار وأوصى لرجل بالعبد فسرقت الدنانير بعد موت الرجل: وجب العبد للموصى له، وذهبت دنانير الورثة:

١ ـ لأن ملكهم استقر بثبوت سبب مع تمكنهم من قبضها؛ ولا يخشى انفساخ الملك.

٢ ـ لا رجوع لهم بالبدل على أحد.

٣ ـ أشبه هلاك ما في يد الوديع ونحوه.

بخلاف المملوك بالعقود؛ لأنه إما أن يخشى انفساخ سبب الملك فيه أو يرجع ببدله؛ فلذلك اعتبر له القبض.

٤ ـ بدلالة الأولى. فإذا كان المملوك بالبيع ونحوه ينتقل الضمان فيه بالتمكن من القبض؛ فالميراث أولى.

(وقال القاضي وابن عقيل: لا يدخل في ضمانهم بدون القبض ما لم يتمكنوا من قبضه؛ والأول أصح) قال القاضي وابن عقيل في كتاب العتق: لا يدخل في ضمانهم بدون القبض؛ لأنه لم يحصل في أيديهم ولم ينتفعوا به؛ فأشبه الدين والغائب ونحوهما ما لم يتمكنوا من قبضه».

لكن يقال: إذا لم يكن قد أوصىٰ فالضمان من التركة لما سبق ذكره آنفاً من الأدلة.

أما إذا أوصىٰ؛ والوصية معينة وبقيت **دون الثلث** بالرغم من هلاك جزء من التركة فالضمان من إرث الورثة لتعيين الوصية.

«فعلىٰ هذا إن زادت التركة قبل القبض؛ فالزيادة للورثة»[1] لأن الوصية معينة وليست مشاعاً.

وإذا كانت الوصية مشاعاً؛ فالضمان علىٰ المشاع، والزيادة للتركة عموماً يشاركهم الموصىٰ له.

«وإن نقصت [قبل التمكن من القبض] لم يحسب النقص عليهم، وكانت التركة هي ما تبقىٰ بعد النقص»[1]؛ هذا إذا كان النقص يجعل الوصية **أكثر من الثلث** سواءً كانت الوصية معينة أم مشاعاً؛ كان الضمان من التركة وليس من أموال الورثة لأن الوصية لا يجوز أن تتعدىٰ الثلث، «حتىٰ لو تلف المال كله سوىٰ القدر الموصىٰ به صار هو التركة، ولم يكن للموصىٰ له سوىٰ ثلثه»[1] لعدم جواز تجاوز الوصية للثلث.

«إلا أن يقال: إن الموصىٰ له يملك الوصية بالموت بمجرده، أو مراعىٰ بالقبول فلا تزاحمه الورثة؛ لأن ملكه سبق استحقاقهم لمزاحمته بالنقص فيختص به كما لو لم يتلف المال إلا بعد قبوله»[1] [وهذا القول الثاني].

قال المؤلف: (والأول أصح) وقد تم تفصيله بالدليل.

والراجح التفصيل:

١ ـ إذا تمكن الورثة من القبض فهم يضمنونه من نصيبهم من التركة.

---

(١) قواعد ابن رجب (١/٣٧٣).

٢ ـ إذا لم يتمكنوا من القبض فالضمان على التركة كلها.

(والنوع الثاني: ما يحصل بسبب من الآدمي يترتب عليه الملك) منه ما يملك بالحيازة كالصيد والاحتطاب واللقطة، ومنه ما يملك بلا حيازة كالغنيمة.

(فإن كان حيازةَ مباحٍ كالاحتشاش) قطع الحشيش.

(والاحتطاب) قطع جذوع الأشجار.

(والاغتنام) الحصول على الغنيمة.

(ونحوها) زرع أو غرس الأشجار في أرضه.

(فلا إشكال، ولا ضمان هنا على أحد سواه) لو احتش وجمع الحشيش ثم احترق أو فسد أو سرق فقد خسر من ماله.

(ولو وكَّل في ذلك أو شارك فيه دخل في حكم الشركة والوكالة) وكَّل غيره بأجر للاحتطاب لصالحه أو للصيد أو غرس الأشجار لصالحه.

أو اشترك مع صاحبه في الصيد أو الاحتطاب دخل في عقود المشاركات وهي أحكام الشركة والوكالة بأجر.

(وكذلك اللقطة بعد الحول لأنها في يده) وجد لقطة فقبضها ثم عرفها وسأل عن صاحبها مدة عام هجري كامل فإذا لم يجد صاحبها فله أن يتصرف فيها بشرط ضمانها لقوله ﷺ: «**فإن لم تعرف فاستنفقها، ولتكن وديعة عندك**»(١)، وفي رواية: «**ثم استنفق بها، فإن جاء ربها فأدِّها إليه**»(٢)، فدل الحديث على بقاء

(٢) رواه مسلم (٥/١٧٢٢).

(١) رواه البخاري (٢٤٣٦).

ملك صاحبها.

فإما أن يحفظها على سبيل الوديعة حتى يجيء صاحبها فيعطيها له، أو يستنفقها ويغرم بدلها. وإذا لم يأت ربها فهو حيازة مباح بلا عقد حصل بسبب من الآدمي.

وإذا حفظها ولم يتصرف فيها وتلفت دون تعدٍّ أو تفريط فلا يضمنها لأنها وديعة.

وأما ما يملك بلا حيازة كالغنيمة فليس لها حكم القبض إلا بعد استقرارها وتعيينها والتمكن من قبضها.

(وإن كان تعين ماله في ذمة غيره من الديون فلا يتعين في المذهب المشهور إلا بالقبض) وهذا يدخل في الملك بعقد لاستيفاء الدين. فإذا عين المدين للدائن ماله وقال: هذا مالك. ولكنه لم يقبضه؛ فلا يتعين الضمان على الدائن حتى يقبض دينه، فلو هلك فعلى ضمان المدين.

أقرضه ألف دينار كويتي، فقال المدين للدائن: هذا الألف دينار هو قضاء الدين، ولكنه لم يقبضه فلا يضمن الدائن تلك الألف دينار حتى يقبضها.

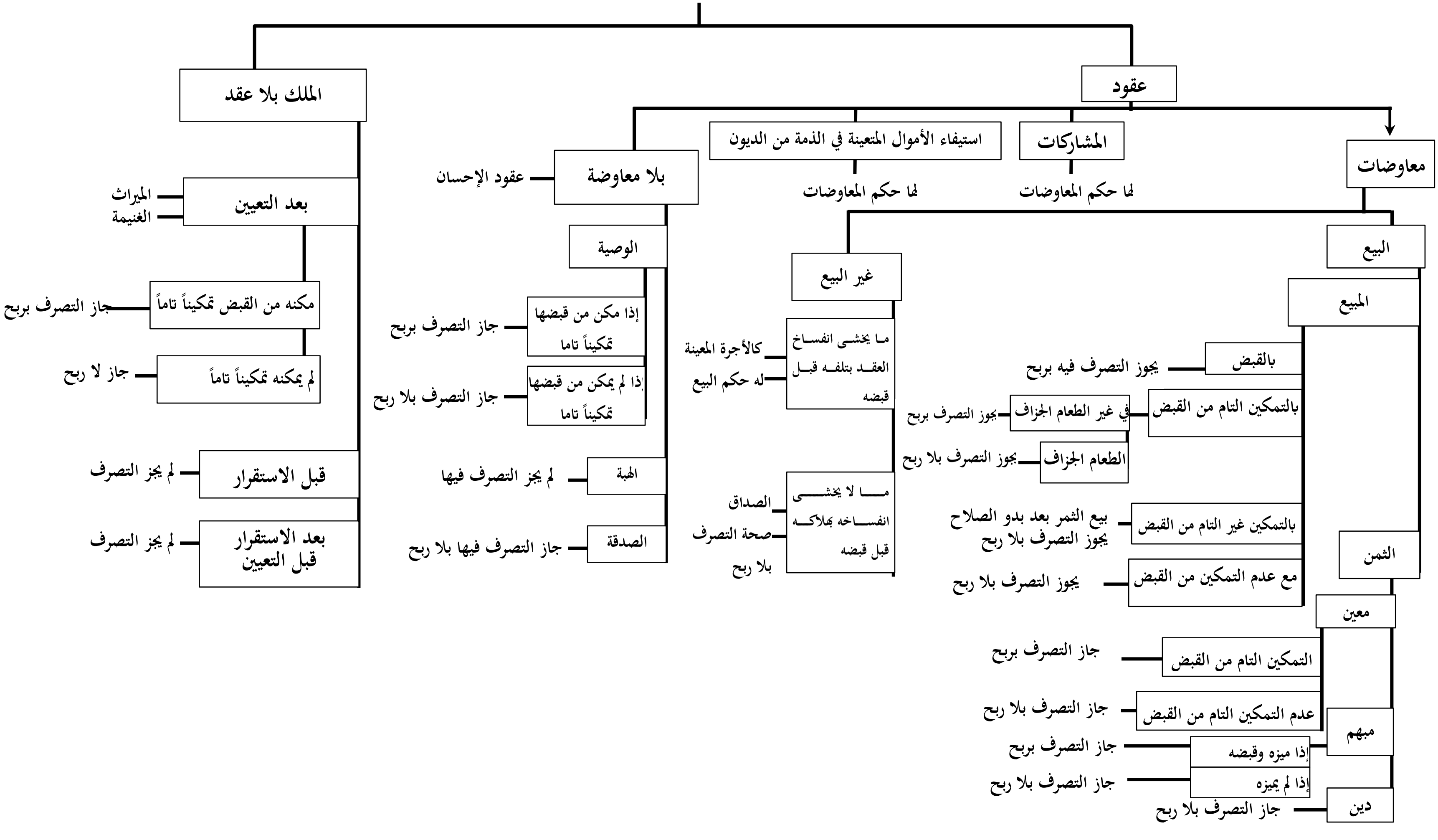
(وعلى القول الآخر يتعين بالإذن في القبض؛ فالمعتبر حكم ذلك الإذن) قيل: يتعين الضمان على الدائن إذا مُكِّن من القبض أو أذن له بالقبض. فلو قال له: هذه الألف دينار هنا في الدرج خذها، فمكنه من قبضها فتركها ولم يقبضها ثم سرقت؛ فهي على ضمان الدائن؛ وهو الأصح.

۞ المُلَخَّص: فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكه فليس له حكم القبض إلا إذا تم تمييزه ومكن من القبض. إلا في الأشياء التي لا تملك إلا بالحيازة كالهبة والاحتشاش فليس لها حكم القبض إلا بالحيازة.

❑ ❑ ❑

القاعدة الثانية والخمسون

في التصرف في المملوكات قبل قبضها



❁ المَتْن

القاعدة الثانية والخمسون

في التصرف في المملوكات قبل قبضها، وهي تنقسم إلىٰ عقود وغيرها.

فالعقود نوعان:

أحدهما: عقود المعاوضات، وتنقسم إلىٰ بيع وغيره.

فأما المبيع فحاصل ما ذكره أن القبض فيه نوعان:

نوع يبيح التصرف وهو الممكن في حال العقد.

وقبض ينقل الضمان وهو القبض التام المقصود بالعقد.

فأما الثمن فإن كان معينًا جاز التصرف فيه قبل قبضه سواء كان المبيع مما يجوز التصرف فيه قبل قبضه أم لا؛ صرَّح به القاضي. وإن كان مبهمًا لم يجز إلا بعد تمييزه، وإن كان دَينًا جاز أن يعاوض عنه قبل قبضه.

فأما غير المبيع من عقود المعاوضات فهي ضربان:

أحدهما: ما يخشىٰ انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل: الأجرة المعينة، والعوض في الصلح بمعنىٰ البيع ونحوها فحكمه حكم البيع.

والضرب الثاني: ما لا يخشىٰ انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه، مثل: الصداق، وعوض الخُلُع، والعتق، والمصالح به عن دم العمد، ونحو ذلك ففيه وجهان.

والنوع الثاني: عقود يثبت بها الملك من غير عوض؛ كالهبة والوصية والصدقة.

فأما الوصية فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض باتفاق الأصحاب.

وأما الهبة التي تملك بمجرده فيجوز التصرف فيها أيضًا قبل القبض.

فأما الملك بغير عقد كالميراث والغنيمة والاستحقاق من مال الوقف أو الفيء للمتناولين منه كالمرتزقة في ديوان الجند وأهل الوقف المستحقين لها؛ فإذا ثبت لهم الملك وتعين مقداره جاز لهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف.

وأما قبل ثبوت الملك، فله حالتان:

إحداهما: أن لا يوجد سببه، فلا يجوز التصرف بغير إشكال كتصرف الوارث قبل موت موروثه، والغانمين قبل انقضاء الحرب، ومن لا رسم له في ديوان العطاء في الرزق.

الثانية: بعد وجود السبب وقبل الاستقرار، كتصرف الغانمين قبل القسمة على قولنا إنهم يملكون الغنيمة بالحيازة، والمرتزقة قبل حلول العطاء ونحوه، فقال ابن أبي موسى: لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه، ولا بيع الصك بعين ولا ورق قولًا واحدًا، وإن باعه بعروض جاز في إحدى الروايتين إذا قبض العروض قبل أن يتفرقا، ومنع منه في الأخرى، ولا يجوز بيع المغانم قبل أن تقسم، ولا الصدقات قبل أن تقبض. انتهى.

۞ الشَّرح

(**في التصرف في المملوكات قبل قبضها**) إذا تعاقدا على بيع السلعة ولم يقبضها المشتري، فما حكم قيام المشتري ببيعها لطرف ثالث أو إهدائها له؟

وكذا لو قبل الموصى له الوصية بعد وفاة الموصي ولم يقبضها، أو ورث عمارة ـ بناء أو عقارًا ـ ولم يقبضها، ما حكم بيعها أو إهدائها قبل قبضها؟

(وهي تنقسم إلىٰ عقود، وغيرها) تنقسم المملوكات إلىٰ:

❊ **أولاً**: ما يملك بعقد:

كعقود المعاوضات من بيع وإجارة وصداق.

أو عقود بلا معاوضة؛ كالوصية والهبة.

❊ **ثانياً**: ما يملك بغير عقد، كالميراث والغنيمة.

أولاً: **(فالعقود نوعان:**

أحدهما: عقود المعاوضات، وتنقسم إلىٰ بيع وغيره.

فأما المبيع فحاصل ما ذكره) أي ما ذكره ابن رجب تحت هذه القاعدة:

١ ـ ملك بلا قبض ولا ضمان ويبيح التصرف بلا ربح: كمن اشترىٰ سَلَمًا أو ثمرًا بعد بدو الصلاح ثم باعه بلا ربح قبل قبضه.

٢ ـ ملك بقبض وضمان يبيح التصرف فيه بلا ربح: كمن اشترىٰ صبرة أو جزافًا طعامًا ومكنه البائع من القبض فلا يبعه حتىٰ ينقله.

٣ ـ ملك بقبض وضمان ويبيح التصرف فيه بربح: كما لو اشترىٰ صبرة جزافًا طعامًا ثم نقله إلىٰ رحله.

قال ابن رجب في الأصل: (وفي المذهب طريقة أخرىٰ وهي أنه لا تلازم بين التصرف والضمان) وهذا القول الثاني في المذهب.

أحياناً يكون الضمان علىٰ البائع ويجوز للمشتري أن يبيعها أو يؤجرها. إذا اشترىٰ سيارة ولم يمكنه البائع من القبض والضمان علىٰ البائع، فيجوز للمشتري أن يهبها. فلا تلازم بين أن يتصرف فيها المشتري ولا يكون الضمان عليه.

قال: (فيجوز التصرف والضمان على البائع): أي يجوز للمشتري أن يتصرف قبل القبض بينما الضمان على البائع.

المثال الأول:

قال: (كما في بيع الثمرة قبل جدها فإنه يجوز في أصح الروايتين وهي مضمونة على البائع): لو اشترى ثمرة على النخل بعد بدو صلاحها وقبل أن تقطع وتجذ؛ فالضمان على البائع حتى يجذها ويمكِّنَ المشتري من قبضها، ومع ذلك يجوز للمشتري أن يبيعها وهي على الشجر قبل أن تجذ وتقطع.

المثال الثاني:

قال: (ويمتنع التصرف في صبرة الطعام المشتراة جزافا على إحدى الروايتين، وهي اختيار الخرقي مع أنها في ضمان المشتري): لو اشترى كومة من الطعام جزافًا أي اشترى جميع هذه الكومة التي أمامه دون كيل، فهي في ضمان المشتري؛ لأن البائع قد مكَّنه من قبضها، ولكن المشتري لا يجوز له بيعها، فيمنع من التصرف فيها بالبيع بالرغم من كونها في ضمانه.

قال: (وهذه طريقة الأكثرين من الأصحاب فإنهم حكوا الخلاف في بيع الصبرة): أي اختلفوا في بيعها: منهم من أجاز بيعها، ومنه من منع بيعها.

قال: (مع عدم الخلاف في كونها مضمونة على البائع): لعله سبق قلم، بل هي مضمونة على المشتري، ولم يختلفوا في أنها مضمونة على المشتري إلا أنهم اختلفوا: هل يجوز له بيعها؟

يتبين مما سبق:

١ ـ **أن الضمان متعلق بالقبض، أو بالتمكين من القبض** إلا في الصبرة.

الدليل

أ ـ عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**لو بعت من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق**»[١]، أي لا ضمان على المشتري إذا لم يتمكن من القبض.

ب ـ وفي رواية: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح[٢]. والتخلية بين المشتري والثمر بعد بدو الصلاح قبل كماله لا يعتبر تمكينًا له من قبضها؛ لأن مقصود التخلية تمكين المشتري من قبض الثمر محصودًا أو مجذوذًا[٣].

جـ ـ قال ابن عمر رضي الله عنهما: «ما أدركت الصفقة حيًا مجموعًا فهو من المبتاع»[٤] وفي رواية «فهو من مال المبتاع»[٥] أي إذا تمكن المشتري من القبض فالضمان عليه.

٢ ـ **الضمان من شروط جواز الربح**. فلا يجوز للمشتري البيع بربح إلا إذا كان ضامنًا للبيع «السلعة، المثمن».

الدليل

أ ـ قال النبي صلى الله عليه وسلم: «**لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يُضْمَن، ولا بيع ما ليس عندك**»[٦].

---

(٢) رواه مسلم (١٥٥٤).

(٣) رواه مسلم (١٥٥٤)، وأبو داود (٣٣٧٤)، والنسائي (٣٠٥/٧).

(٤) انظر مجموع الفتاوى (٢٧٧/٣٠).

(٥) ذكره البخاري معلقاً (٢١٣٨) في كتاب البيوع باب (٥٧).

(٦) رواه الطحاوي في المعاني بسند صحيح (١٦/٤)، ورواه الدارقطني (٥٣/٣ ـ ٥٤) راجع الفتح (٣٥٢/٤)، وتغليق التعليق (٢٤٢/٣)، وصححه ابن حجر فيه. انظر مجموع الفتاوى (٥٠٧/٢٩) وعزاه لأحمد.

(٧) رواه أبو داود (٣٥٠٤) والترمذي (١٢٣٤) وابن ماجه (٢١٨٨) وحسنه الألباني في الإرواء (١٣٠٥/١٤٦/٥).

ب ـ قال ابن عباس رضي الله عنهما: فيمن اشترىٰ سلمًا ثم أراد أن يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا يربح مرتين. لأنه في ضمان البائع، قال: إذا أسلفت في شيء إلىٰ أجل، فحل الأجل فلم تجد طعاماً فخذ عرضًا بأنقص، ولا تربح عليه مرتين(١).

جـ ـ فيمن يبيع بالذهب ويقبض الورق، ويبيع بالورق ويقبض الذهب؛ كان ابن عمر تكون عليه الورِق فيعطي قيمتها دنانير إذا قامت علىٰ سعر، ويكون عليه الدنانير فيعطي الورق بقيمتها(٢).

وهو مروي عن عمر(٣). فعند التقاضي واستيفاء الدين فالبائع الذي باع بالذهب قد ملك الذهب الذي في ذمة المشتري ولم يقبضه منه، فضمان الذهب علىٰ المشتري، فلا يصح للبائع أن يربح بينما ضمان الذهب علىٰ المشتري، بل يبيع الذهب بسعر يومه من الورق ولا يربح فيه.

تطبيقاته:

يجوز بيع ما اشتراه سلمًا بلا ربح لأن الضمان علىٰ البائع الأول، فلا يصح له الربح، وهذا قول مالك وأحمد(٤). فلا يبيع الدين ممن هو عليه بربح.

---

(٢) رواه عبد الرزاق (١٦/٨ ـ ١٧) واللفظ له، وابن المنذر في الأوسط (٣١٢/١٠)، انظر مجموع الفتاوىٰ (٥٠٣/٢٩).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢١٤٩٩/٧) بسند صحيح، وأبو يعلي (٥٦٥٤/١٠)، وأسنده العقيلي (٢١٨/٢) بسند صحيح عن داود به. وأسنده من طريقين آخرين بأسانيد صحيحة عن ابن عمر (٢١٨/٢)، ورواه النسائي (٦١٣٣) عن ابن عمر؛ وفيه مؤمل بن إسماعيل. ورواه الترمذي (١٢٤٢) معلقاً عن داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، انظر العلل للدارقطني (١٨٤/١٣) وانظر تلخيص الحبير (٢٥/٣ ـ ٢٦) والإرواء (١٧٣/٥) حديث (١٣٢٦)، تفسير آيات أشكلت (٦٥٨/٢)، والتعليق علىٰ مسند الطيالسي (١٩٨٠).

(٤) رواه ابن أبي شيبة (٢١٥٠٠/٧)؛ وفيه السدي متكلم فيه.

(٥) انظر مجموع الفتاوىٰ (٥٠٥/٢٩).

يجوز للمشتري بيع الثمر الذي اشتراه بعد بدو الصلاح قبل جذاذه ولا يربح فيه.

٣ ـ لا يجوز الربح قبل أن يقبض أو يتمكن من القبض.

۞ الأدِلَّة

أ ـ لأنه إذا لم يقبض لم يضمن وإذا لم يضمن لم يصح الربح للحديث.

ب ـ فتوىٰ ابن عباس رضي الله عنهما بجواز بيع ما اشتراه سلمًا ولا يربح فيه؛ لأنه لم يقبضه.

جـ ـ عن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن بيع الطعام حتىٰ يقبض. قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلّا مثله[١].

د ـ قول ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ: مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيًا مجموعًا فهو من ضمان المشتري[٢].

هـ ـ لئلا يكون ربا نسيئة[٣]: دفع مائة دينار لزيت سلمًا ثم باع الذي لم يقبضه بمائة وخمسين ديناراً، فربح المشتري الأول خمسين من المشتري الثاني، فباع المائة بمائة وخمسين ولم يقبض شيئًا.

٤ ـ يجوز بيع ما لم يقبضه بلا ربح، والأدلة علىٰ ذلك:

أ ـ قياسًا علىٰ الحوالة. فالمشتري إذا اشترىٰ شيئًا ملكه قبل أن يقبضه، فإذا باعه بلا ربح فإنه يحيل المشتري الثاني علىٰ البائع الأول.

ب ـ كان ابن عمر تكون عليه الوَرِق فيعطي قيمتها دنانير إذا قامت علىٰ سعر،

---

(٢) رواه البخاري (٢١٣٥).

(٣) ذكره البخاري معلقاً (٢١٣٨) ورواه الطحاوي (٣/٥٣ ـ ٥٤) وصححه ابن حجر في التغليق (٣/٢٤٢) انظر الإرواء (١٣٠٥).

(٤) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٥١٢).

ويكون عليه الدنانير فيعطي الورق بقيمتها[1]. فهذا البائع باع سلعته بدنانير الذهب ولم يقبضها من المشتري، وقد ملكه الذهب ولم يقبضه؛ فالضمان على المشتري، فلا يصح للبائع أن يربح وضمان الذهب على المشتري، بل يبيع دنانير الذهب التي يملكها ولم يقبضها من المشتري يبيعها له بسعر يومها من الورق ولا يربح فيها.

جـ ـ قول ابن عباس رضي الله عنهما: لا يربح فيه مرتين.

تطبيقاته:

يجوز للمشتري بعد بدو الصلاح أن يبيعه قبل اكتمال صلاحه بلا ربح.

يجوز بيع ما اشتراه جزافًا بلا ربح بعد تعيينه، يبيعه بنفس ثمن الشراء؛ وهذا قول مالك وأحمد وابن تيمية.

(أن القبض فيه نوعان) القبض في المبيع نوعان:

قبض ينقل الضمان؛ فأحياناً لا يبيح الربح فيه، وأحياناً أخرىٰ يبيح الربح فيه.

من صور ما انتقل ضمانه ولا يجوز الربح فيه كمن اشترىٰ طعامًا جزافًا فمكنه البائع من قبضه، فانتقل الضمان إلىٰ المشتري، ولكن لا يحل له بيعه بربح ولا التصرف فيه بربح حتىٰ ينقله لقول النبي ﷺ: «من اشترىٰ طعامًا جزافًا فلا يبعه حتىٰ ينقله».

ومن صور ما انتقل ضمانه وجاز الربح فيه إذا نقل إلىٰ رحله ما اشتراه جزافاً.

النوع الأول:

(نوع يبيح التصرف) أي يبيح التصرف فيه من بيع أو تأجير أو معاوضة وهو

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢١٤٩٩/٧) بسند صحيح وسبق تخريجه قبل خمسة أحاديث.

قسمان: منه ما يبيح التصرف فيه بربح، والآخر يبيحه بشرط أن لا يربح فيه.

كمن اشترىٰ طعامًا جزافًا ثم نقله إلىٰ رحله صح له التصرف فيه بربح. وهو الذي يتضمن نقله من موضع البيع إلىٰ رحل المشتري، فهو قبض تام كامل يتحقق به جواز التصرف فيه بربح. أما إذا لم ينقله جاز له بيعه بشرط أن لا يربح فيه. كمن اشترىٰ الثمر علىٰ رؤوس النخل بعد بدو الصلاح قبل كمال صلاحه، فمُكِّن من قبضه، فجاز بيعه بشرط أن لا يربح فيه لأن الضمان لم ينتقل إلىٰ المشتري إلا إذا مكن من قبضه بعد تمام الاستواء.

(وهو الممكن في حال العقد) وهو العقد الذي يمكن فيه المشتري من القبض ولكنه لا ينقل الضمان؛ كمن اشترىٰ الثمر بعد بدو الصلاح فمكنه البائع من القبض. ولكن الضمان علىٰ البائع لعدم كمال الصلاح. فيجوز له البيع بلا ربح لأن الضمان علىٰ البائع.

النوع الثاني:

(وقبض ينقل الضمان): وهو قسمان: منه ما ينقل الضمان ولكن لا يبيح التصرف فيه بربح من بيع وإجارة ومعاوضة، وهو ما كان في حكم القبض، الممكَّن من القبض. كمن اشترىٰ الطعام جزافاً ومُكِّن من قبضه ولكنه لم ينقله فإن الضمان ينتقل إلىٰ المشتري وجاز بيعه بشرط أن لا يربح فيه.

ومنه ما يجوز التصرف فيه بربح إذا نقل الصبرة إلىٰ رحله فإن الضمان ينتقل إليه، أو مكن من قبض المبيع في غير الطعام فهو في حكم القبض وينتقل الضمان إليه.

(وهو القبض التام المقصود بالعقد) أي حصل به الملك للمشتري، والقبض التام له، وحصل به الضمان عليه.

(فأما الثمن) إما يكون معيناً أو مبهماً أو دَيْناً.

١ ـ الثمن المعين

(فإن كان معينًا جاز التصرف فيه قبل قبضه سواءً كان المبيع مما يجوز التصرف فيه قبل قبضه) جاز، ولكن هل بربح أم بغير ربح؟ الصحيح أنه لا يجوز بربح إلا إذا انتقل إليه الضمان للحديث.

باعه سيارته بسبعة آلاف دينار عينها له ولم يقبضها ولكن كل منهما مكن الآخر من القبض؛ جاز للبائع أن يتصرف في الثمن قبل قبضه ويتاجر فيه لأن الضمان انتقل إليه، وكذا المشتري له أن يتصرف بالسيارة بربح قبل قبضها لانتقال الضمان إليه.

(أم لا؟) أو يكون اشترىٰ صُبرة من شعير بصاع من تمر؛ وعيّن الصبرة. فلا يجوز أن يبيع الصبرة قبل أن ينقلها إلىٰ رحله، ومع ذلك يجوز للبائع أن يبيع ثمن الصبرة وهو صاع من تمر قبل قبضه إذا كاله. فإن مكنه من قبضه جاز له بيعه بربح وإن لم يقبضه، وإن لم يمكنه من قبضه جاز له بيعه بلا ربح.

٢ ـ (وإن كان مبهمًا ولم يجز إلا بعد تمييزه) الثمن موصوف في الذمة ولم يميزه؛ كأن يكون الثمن قفيزًا من صبرة. باع عشرة آصع من قمح بصاع من تمر من هذه الصبرة، ولكنه لم يميز صاع التمر؛ لم يجز لبائع القمح بيع صاع التمر الذي لم يقبضه بربح إلا بعد أن يكيله ويميزه عن الصبرة للحديث. فإذا لم يميزه جاز بيعه بلا ربح.

٣ ـ (وإن كان دَينًا جاز أن يعاوض عنه قبل قبضه) لعمرو صاع من تمر علىٰ زيد ديناً. يجوز لعمرو المعاوضة به بشرط أن لا يربح فيه لأن الضمان علىٰ زيد كما

ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما إذ قال سعيد بن يسار: أتيت ابن عمر أتقاضاه؛ فقال لي: إذا خرج خازننا أعطيناك. فلما خرج بعثه معي إلى السوق وقال: إذا قامت على ثمن؛ فإن شاء أخذها بقيمتها أخذها[1]. أي بقيمتها لا بربح ولا زيادة؛ فجاز التصرف قبل القبض ولكن بلا ربح.

(فأما غير المبيع من عقود المعاوضات)[2] كالإجارة والصلح والصداق وعِوض الخُلع.

(فهي ضربان:

أحدهما: ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل الأجرة المعينة؛ فحكمه حكم البيع): إذا استأجر سيارة ثم تلفت قبل أن يقبضها من المؤجر انفسخ العقد. فإذا استأجر سيارة ملك منفعتها بالعقد؛ هل يصح له أن يؤجرها قبل أن يقبضها؟

العين المؤجرة قبل قبضها حكمها حكم بيع الثمر المبيع بعد بدو الصلاح، فعلى المذهب لا يصح، **والأرجح**: يصح بيعه بلا ربح.

كذا في العين المؤجرة فعلى المذهب لا يصح، **والأرجح**: يصح تأجيرها قبل قبضها بشرط عدم الربح؛ فيؤجرها بنفس قيمة استئجاره لها.

وكذا أجرتها: لو أجّر بيته لمدة سنة والعوض سيارة؛ هل له أن يؤجر العِوض وهو السيارة قبل قبضها؟ هل له أن يبيعها قبل قبضها؟ على المذهب لا يصح، **والأرجح**: يصح بلا ربح.

(والعوض في الصلح بمعنى البيع ونحوها فحكمه حكم البيع) تصالحا على أن

---

(٢) رواه وكيع بسند صحيح، انظر المحلى لابن حزم (٨/٤٠٥).

(١) التصرف في المملوكات قبل قبضها.

يعطيه سيارته عوضًا (دية) عن جرح جرحه؛ والدية هي سبعة آلاف دينار. فهل للمستحق أن يتصرف بالعوض قبل قبضه؛ فيبيع السيارة قبل قبضها؟ أو يؤجرها قبل قبضها؟ على المذهب لا يصح التصرف فيه قبل قبضه، **والأرجح**: يصح بشرط عدم الربح أي بما قيمته سبعة آلاف دينار لأن الضمان على الأول.

(والضرب الثاني: ما لا يخشى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه) من عقود المعاوضات غير المبيع ما لو هلك المعقود عليه قبل أن يقبض فالعقد باق ولا ينفسخ.

(مثل: الصداق) لو تم عقد الزواج؛ والصداق حزام من ذهب، فلو سرق قبل أن تقبضه لم ينفسخ عقد النكاح. إذا تزوج امرأة وأصدقها حزاماً معيناً من ذهب؛ فهل يجوز للزوجة أن تبيعه قبل قبضه؟ أو تؤجره قبل قبضه؟

(ففيه وجهان)

الوجه الأول: لا يصح التصرف فيه قبل قبضه كالبيع؛ على المذْهب.

الوجه الثاني: يصح التصرف فيه بالبيع أو الإجارة قبل قبضه بشرط أن لا تربح فيه؛ وهو قول ابن تيمية قياسًا على البيع؛ فكلاهما معاوضة.

(وعوض الخُلُع): لو خالعت زوجها على سيارة، فهل يجوز للزوج أن يبيعها قبل أن يقبضها؟

(والعتق): لو اشترى عبدًا بسيارة ثم أعتق العبد ولم يستلم البائع السيارة، فلو هلكت السيارة لا ينفسخ العقد والعتق باق. فلو لم تهلك السيارة؛ فهل يجوز له أن يبيع السيارة قبل قبضها؟

(والمصالح به عن دم العمد) لو تصالح عن دم العمد بعمارة؛ فهل يصح له بيعها

قبل قبضها؟ في الجميع على المذهب: لا يصح، وذهب ابن تيمية إلى صحة البيع بلا ربح:

١ ـ للحديث: «نهى عن ربح ما لم يضمن»[١].

٢ ـ الأصل في المعاملات الإباحة إلا ما دل عليه الدليل؛ ولا يوجد دليل يمنع منه.

(والنوع الثاني: عقود يثبت بها الملك من غير عوض)

النوع الثاني: عقود لازمة يملك الطرف الآخر المعقود عليه ولا يبذل فيه عوض.

(كالهبة) اختلف العلماء في الهبة؛ والراجح: أن عقد الهبة عقد صحيح ولكنه غير لازم، فلا تملك بالعقد، وإنما تملك بالقبض لقصة أبي بكر الصديق رضي الله عنه مع عائشة رضي الله عنها وقول عمر رضي الله عنه. تراجع الأدلة على عدم تملك الهبة والصدقة قبل القبض في القاعدة (٤٩).

(والوصية) سبق البيان بأن الوصية لها ثلاث أحوال بعد وفاة الموصي:

الحال الأولى: أن يقبل الموصى له الوصية: فقد ملكها بقبوله.

الحال الثانية: أن لا يقبل الوصية: فلا يملكها ولا يصح العقد، وترد إلى مال الورثة.

الحال الثالثة: أن يسكت فلا يقبل ولا يرفضها: فتبقى معلقة إلى أن يقرر الموصى له.

(فأما الوصية فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض باتفاق الأصحاب) فيصح أن يبيعها أو يؤجرها بعد أن يقبلها وقبل أن يقبضها.

---

(١) رواه أبو داود (٣٥٠٤) وصححه الترمذي (١٢٣٤) وابن الجارود (٦٠١) والحاكم (١٧/٢) وحسنه الألباني في الإرواء (١٣٠٥).

مثال: أوصىٰ لآخر بسيارة، وبعد وفاته قَبِل الموصىٰ له السيارة ولكنه لم يقبضها؛ فهل يجوز له بيعها؟

الجواب

١ ـ إذا مُكِّن من قبضها جاز له بيعها بربح؛ لأنها انتقلت إلىٰ ضمانه ويد الوصي عليها كيد الوديع.

٢ ـ إذا لم يمكن من قبضها لم تنتقل إلىٰ ضمانه جاز له بيعها بلا ربح؛ فيبيعها بسعر شرائها، ولم يجز بيعها بربح لحديث: «**نهىٰ عن ربح ما لم يضمن**»[(١)].

(وأما الهبة التي تملك بمجرده فيجوز التصرف فيها أيضًا قبل القبض) الهبة التي تملك بمجرد العقد يجوز بيعها وإجارتها بربح قبل القبض. والراجح أن الهبة لا تملك بالعقد، وإنما تملك بالقبض، فلا يجوز بيعها بربح ولا بيعها بلا ربح لأنه تصرف فيما لا يملك، فربما رجع بها الواهب في أية ساعة، ولو توفىٰ الواهب فلا شيء للموهوب له لما سبق من الأدلة في القاعدة التاسعة والأربعين.

(والصدقة) هل هي وعد أم تنجيز؟

وأما الصدقة لله تعالىٰ فليست كالهبة؛ ولها أحوال قبل القبض:

الحال الأولىٰ: أن يقول: «سأتصدق لله بمائة لفلان وعداً وليس تنجيزاً». فلا تملك لأنها مجرد وعد، ولا يجوز للثاني أن يتصرف فيها قبل القبض؛ وهو قول لأحمد.

الحال الثانية: أن يقول: «لله علي نذر هذه السيارة صدقة لك» جاز للمتصدق

(١) رواه أبو داود (٣٥٠٤) وحسنه الألباني في الإرواء (١٣٠٥).

عليه أن يتصرف فيها ببيع قبل القبض بلا ربح ؛ لاستحقاق المنذور له ولكن لم يقبضها ولم يمكَّن من قبضها .

الحال الثالثة: أعطىٰ السيارة وكيله وقال له: أعط هذه السيارة صدقة لفلان . فهذا تنجيز وليس وعداً فهو بمثابة النذر ، بل نذر فِعْليّ . فقوله هذا هو نفس قوله لنفسه مجاهراً: هذه السيارة صدقة لفلان ؛ فالوكيل بمثابة النفس . فجاز للمتصدَّق عليه أن يبيعها ويتصرف فيها بلا ربح(١) .

الحال الرابعة: لو عَيّن السيارة فقال: هذه السيارة صدقة لك ؛ فقد نجز الصدقة فجاز للمتصدق عليه بيعها بلا ربح لأنه ملكها ، فهذا بمثابة من عيَّن الأضحية فلا يصح له الرجوع فيها ، وكذا عيَّن الهدي . وأما بيعها بلا ربح لعدم انتقال الضمان إليه .

ملخص ما سبق: إذا نجزها صدقة فلا يحل له الرجوع فيها ، فجاز للمتصدق عليه التصرف فيها بلا ربح ، وإذا قبضها جاز بيعها بربح . أما إذا كانت وعداً فلا يجوز التصرف فيها .

ثانياً: (فأما الملك بغير عقد كالميراث) إذا توفىٰ الميت تعين مقدار الإرث بعد أداء الدين والوصية واستقر الملك للورثة ؛ فجاز بيعه بلا ربح .

وإذا مكِّن من القبض جاز البيع بربح ولو لم يقبض لأن من في يده الإرث بمنزلة يد الوديع .

(والغنيمة) بعد انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة لا يجوز بيعها قبل التعيين للغانم ؛ لأنه بيع غرر . أما بعد التعيين والقسمة وقبل التمكين من القبض جاز بيعها بلا

(١) انظر القواعد (١/٤٠٥) .

ربح ؛ كأن يُعطى صكًّا لاستلامها ولم يُمكَّن من قبضها. وأما بعد القسمة والتمكين من القبض جاز بيعها بربح.

(والاستحقاق من مال الوقف) كالغنيمة ؛ فمن وقف شجر النخل لصالح طلبة العلم الفقراء لكل منهم مائة صاع ؛ فهل يجوز لطالب العلم الفقير المعين بيعه ؟ بعد التعيين وبدو الصلاح وقبل التمكن من القبض جاز بيعه بلا ربح ، وبعد التمكين من القبض جاز بيعه بربح. ولكن هل الاستحقاق من مال الوقف يدخل في المملوك بعقد بلا معاوضة كعقود الإحسان والتي منها الوصية ؟ أم يدخل في الملك بلا عقد ؟

(أو الفيء للمتناولين منه كالمرتزقة في ديوان الجند وأهل الوقف المستحقين لها ؛ فإذا ثبت لهم الملك وتعين مقداره جاز لهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف) المرتزقة في ديوان الجند: هم الذين يعملون في الجند بمقابل مادِّي. أما أهل الوقف المستحقين له كطالب العلم الفقير الذي وقف له الواقف. فهؤلاء يجوز تصرفهم فيه بلا ربح قبل القبض وقبل التمكين منه. أما بعد التمكين من القبض فيجوز البيع بربح.

(وأما قبل ثبوت الملك ، فله حالتان: إحداهما: أن لا يوجد سببه فلا يجوز التصرف بغير إشكال كتصرف الوارث قبل موت مورثه والغانمين قبل انقضاء الحرب ومن لا رسم له في ديوان العطاء في الرزق) إذا لم يتوفر سبب الملك فلا يجوز التصرف فيه ؛ وله أمثلة:

١ ـ أن يكون المسلم على قيد الحياة ، فيتصرف ابنه في ماله قبل موته.

٢ ـ إذا لم يملكوا الغنيمة بعدُ فلم يثبت لهم الملك كما حدث في غزوة أحد عندما كر الكفار على المسلمين فرجعت الغنيمة إليهم ؛ فلا يجوز التصرف فيها

قبل انقضاء الحرب.

٣ ـ إذا لم يكتب اسمه ضمن الأسماء المشمولة بالعطية من قبل بيت المال، فيتصرف ويبيع ويشتري كما لو أنه سيرزق منه.

الدليل على عدم جواز التصرف فيه:

١ ـ قول النبي ﷺ: «**لا تبع ما ليس عندك**»[١].

٢ ـ قوله ﷺ: «**لا وفاء لنذر في معصية، ولا فيما لا يملك العبد**»[٢]، فهو لم يملكه.

٣ ـ ولأن التصرف فيما لا يملك تعد على حقوق المسلمين وقد قال النبي ﷺ: «**كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه**»[٣].

٤ ـ ولأن الملك أحد شروط صحة البيع وصحة التصرف.

(الثانية: بعد وجود السبب وقبل الاستقرار، كتصرف الغانمين قبل القسمة على قولنا إنهم يملكون الغنيمة بالحيازة) بانتهاء الحرب وباستيلاء الجيش المسلم على الغنيمة تحقق السبب وهو ملك الغنيمة للمسلمين ولكنها لم تقسم على المجاهدين بعد، فلا يجوز التصرف فيها.

الدليل

١ ـ قال النبي ﷺ: «**لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغنمًا**

(٢) رواه أبو داود (٣٥٠٣) وحسنه الترمذي (١٢٣٢) وصححه ابن الجارود (٦٠٢) وابن حزم (٥١٩/٨) والألباني في الإرواء (١٢٩٢).

(٣) رواه مسلم (١٦٤١).

(٤) رواه مسلم (٢٥٦٤).

حتىٰ تقسم»[1].

٢ ـ أحياناً يرىٰ الإمام قسمتها بما فيه مصلحة للإسلام، فلا تستقر لمن يظن الحصول عليها؛ كما في غزوة حنين عندما أعطىٰ النبي ﷺ الغنيمة لمسلمة الفتح والمهاجرين وترك الأنصار ولم يعطهم شيئًا، فلم تستقر الغنيمة للأنصار قبل معرفتهم بإعطاء النبي ﷺ الغنيمة لمسلمة الفتح بالرغم من ظنهم الحصول عليها؛ فلا يصح التصرف فيها.

٣ ـ التصرف فيها فيه نوع من الغرر لعدم استقرار الملك.

(والمرتزقة قبل حلول العطاء ونحوه، فقال ابن أبي موسىٰ: لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه، ولا بيع الصك بعين ولا ورق قولًا واحدًا، وإن باعه بعروض جاز في إحدىٰ الروايتين إذا قبض العروض قبل أن يتفرقا، ومنع منه في الأخرىٰ) بيع العطاء قبل قبضه إذا حل العطاء لم يجز بيعه بالنقود: فهو بيع نقد بنقد ولم يتقابضا فهو ربا الفضل أو قرض بفائدة فهو ربا النسيئة.

مثاله: له صك بمائة دينار، فباع الصك بمائة دينار أو أقل أو أكثر لم يجز. لأنه باع مائة مؤجلة بمائة حالة؛ فهذا ربا الفضل. وإن اختلف المقدار فباع صك المائة بأقل منه أو أكثر؛ الثمن صار ربا النسيئة.

أما بيعه بالعروض فقد قال بالجواز ابن عباس لما رواه حرب بسند صحيح عنه: أنه كان يكره بيع الزيادة في العطاء إلا بعرض[2]، لأنه من بيوع الأجل كما لو باعه سيارة بعشرة آلاف مؤجلة. فإذا لم يمكَّن من قبض الزيادة أصبح ديناً عليه.

---

(٢) رواه أبو داود (٢١٥٨) وحسنه الألباني في الإرواء (٢١٣٧).

(١) القواعد (٣٩٥/١).

أما بيع الزيادة النقدية قبل قبضها بنقد فلا يجوز لأنه ربا حيث لا يجوز إلا يداً بيد.

وكذا يقال في بيع الصكاك والديون الثابتة علىٰ الناس المكتوبة في الصكاك كسابقه.

(ولا يجوز بيع المغانم قبل أن تقسم) لحديث: «**لا يحل لامرئ يومن بالله واليوم الآخر أن يبيع مغنمًا حتىٰ يقسم**»[١].

(ولا الصدقات قبل أن تقبض): لأنها لم تستقر للمعطىٰ؛ وقد سبق تفصيل المسألة.

۞ المُلَخَّص: في التصرف في المملوكات قبل قبضها؛ وهي تنقسم إلىٰ عقود وغيرها:

أما العقود: فيجوز التصرف فيها بربح إذا مُكِّن من قبضها إلا في الطعام الجزاف.

أما إذا لم يُمَكَّن من قبضها تمكيناً تاماً فيجوز التصرف فيها بلا ربح مالم يكن العقد بمثابة الوعد كالهبة فلا يجوز التصرف فيها إلا بالقبض.

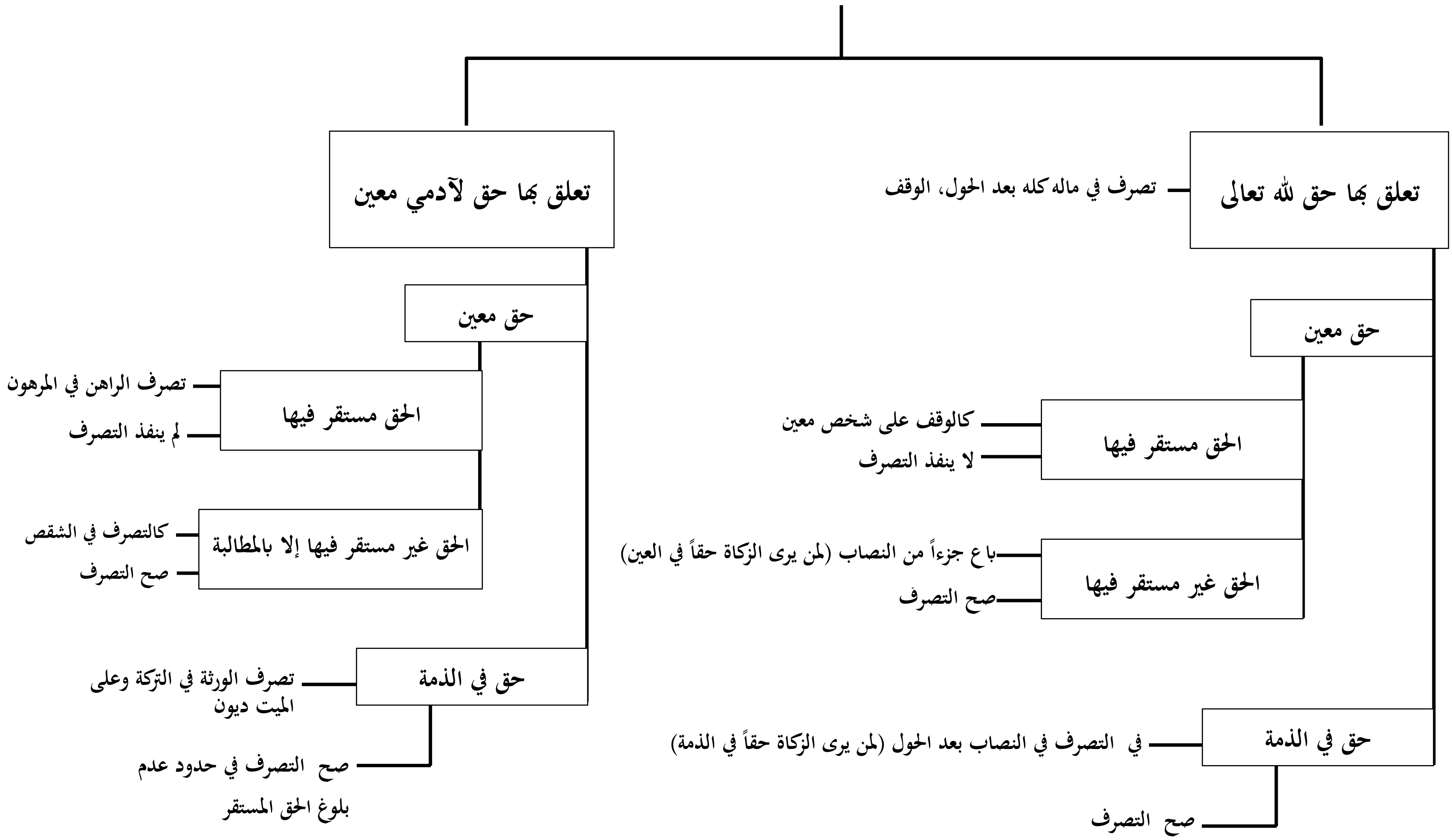
أما ما يملك بلا عقد فلا يجوز التصرف فيه إلا بعد التعيين؛ فإن مكن من قبضه تمكيناً تاماً جاز التصرف فيه بربح، وإن لم يمكن تمكيناً تامًا جاز بلا ربح.

❑ ❑ ❑

(١) رواه أبو داود (٢١٥٨) وحسنه الألباني في صحيح أبي داود (١٨٧٤) وفي الإرواء (٢١٣٧).

القاعدة الثالثة والخمسون

من تصرف في عين تعلق بها حق لله تعالى أو لآدمي معين



۞ المَتْن

القاعدة الثالثة والخمسون

من تصرف في عين تعلق بها حق لله أو لآدمي معين؛ إن كان الحق مستقرًا فيها بمطالبة من له الحق بحقه أو بأخذه بحقه لم ينفذ التصرف، وإن لم يوجد سوىٰ تعلق الحق لاستيفائه منها صح التصرف علىٰ ظاهر المذهب.

فالأول: كتصرف الراهن في المرهون، والتصرف في المشفوع فيه، وسفر الغريم بعد الحلول.

والثاني: نحو بيع النصاب بعد الحول، وبيع الجاني، وتصرف الورثة في التركة، ونحوها.

۞ الشَّرح

معنىٰ القاعدة: إذا تصرف الإنسان في عين تعلق بها حق لله تعالىٰ أو حق لآدمي؛ فهل يصح تصرفه؟

(**من تصرف في عين تعلق بها حق لله**) كمن يملك أربعين شاة سائمة فحال عليها الحول فقد تعلق بها حق الزكاة، ثم باعها كلها قبل أن يخرج منها الزكاة؛ فهل يصح بيعه؟

(**أو لآدمي معين**) تصرف فيها بعدما تعلق بها حق لآدمي معين. كمن اقترض من رجل عشرة آلاف دينار ورهنه سيارته وأقبضه إياها، فقد تعلق في عينها حق للمقرض المرتهن، فباعها الراهن «المقترض»؛ فهل يصح بيعه؟

أو جنىٰ عبد جناية علىٰ جيران سيده فأتلف سيارتهم، فقد تعلق برقبته قيمة

التلف، فلو باعه سيده؛ هل يصح بيعه؟

(إن كان الحق مستقرًا فيها بمطالبة من له الحق بحقه أو بأخذه بحقه لم ينفذ التصرف فيه) كالمرتهن الذي تعلق حقه بعين الرهن فباعه الراهن، والشفيع الذي تعلق حقه بالمشفوع فيه «بالمبيع» فباعه المشتري، والبائع الذي تعلق حقه بسلعته التي سبق بيعها للمفلس قبل إفلاسه فوجدها البائع عنده بعد إفلاسه فباعها المفلس؛ لا تصح جميع هذه البيوع ولا التصرف فيها.

الأدِلَّة

١ ـ فيه نقض للعهد؛ كالرهن الذي فيه عهد بين الراهن والمرتهن صاحب الحق وقد قال الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(١)، إذ العقد أن يبقىٰ رهنه عند المرتهن ليستوفي منه حقه عند عدم استيفائه حقه، ولأن الرهن عقد بين الراهن والمرتهن لا يحق للراهن أن يبيعه أو يهبه أو يتصرف فيه تصرفًا يمنع المرتهن من استيفائه حقه منه.

٢ ـ استنباطًا من صاحب العين المباعة عند المفلس لقول النبي ﷺ: «**من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره**»(٢). فإذا طالب به فهو أحق به مهما تصرف فيه المفلس أو غيره.

٣ ـ المشغول لا يشغل؛ لأن العين شغلت بحق صاحب الحق، فلا تشغل بحق جديد؛ فلا تشغل ببيع ولا بغيره يمنع استيفاءه حقه منها.

٤ ـ فيه إبطال لحق الغير؛ كالرهن، فلا ينفذ تصرف الراهن فيه ببيع أو هبة لأن

---

(٢) [المائدة: ١].

(١) رواه البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩).

فيه إبطالاً لحق الغير.

٥ ـ فيه تفويت الحق عن صاحب الحق. كمن باع المرهون دون إذن المرتهن، فقد فوت عليه تحصيل حقه لو ماطل الراهن. وكعين غريم المفلس؛ لو باعها المفلس أو تصرف فيها فقد ضيع علىٰ الغريم حقه، وكذا الشفيع في المشفوع فيه.

٦ ـ سعي ضد مقصد الشارع. إذ قصد الشارع من تشريع الأحقية إيصال الحقوق إلىٰ أصحابها، فالتصرف فيها دون إذنهم بعد تعلق حقوقهم في عينها يمنع إيصال الحقوق إلىٰ أصحابها ويعطل الحكمة من تشريع الأحقية، فقد عمل ضد مقصد الشارع فبطل.

٧ ـ قاعدة: «كل تصرف منع وتقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل»[١]. متىٰ كان المقصد ضد مقصد الشرع في إيصال الحق إلىٰ صاحبه كان باطلاً ساقطاً، فإذا سقط المقصد لسبب من أسباب الفساد أو البطلان للنهي عنه أو للتعدي سقط التصرف الوسيلة المؤدية له؛ لأنها تصبح إما عبثًا أو وسيلة لفاسد أو باطل أو منهي عنه. كمن وجد ماء لا يكفيه، فهو عذر عند الجميع فلا يستعمله ويتيمم عند أبي حنيفة ومالك لأن الماء وسيلة لرفع الحدث، فإذا كان استعماله يتقاعد عن رفع الحدث لعدم كفايته سقط استعماله لتعذر المقصود. وكذا إمرار الموسىٰ علىٰ رأس الأصلع عند التحلل من النسك[٢].

وفي المسائل المذكورة في القاعدة: أن المتصرف فيه قد تصرف في عين قد استقر فيها الحق لغيره فلن يحصل مقصده من هذا التصرف لأن الحق مستقر فيها لغيره.

(٢) الفروق للقرافي (١٨٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٤٧٧)، القواعد للزحيلي (١/٦٧٧).
(١) القواعد للزحيلي (١/٦٧٨ ـ ٦٧٩).

(وإن لم يوجد سوىٰ تعلق الحق لاستيفائه منها صح التصرف فيه علىٰ ظاهر المذهب) إذا لم يتعلق الاستيفاء من العين، وإنما متعلق بالذمة؛ صح بيعه وهبته وغيرها من التصرفات.

۞ الأدلة على جواز التصرف فيما تعلق بالذمة دون العين:

١ ـ الأصل إباحة التصرف؛ لأن الحق متعلق بالذمة ولم يتعلق بالعين.

٢ ـ الأصل عدم الحجر.

٣ ـ مما تعم به البلوىٰ ولم يأت الشرع بمنعه؛ إلا إذا أفلس فحجر عليه.

(فالأول: كتصرف الراهن في المرهون، والتصرف في المشفوع فيه، وسفر الغريم بعد الحلول) كالمرتهن الذي تعلق حقه بعين الرهن فباعه الراهن والشفيع الذي تعلق حقه بالمشفوع فيه فباعه المشتري، والمدين الذي حل عليه أداء الدين ومنعه غريمه من السفر لم يجز سفره.

(والثاني: نحو بيع النصاب بعد الحول) يملك أربعين شاة فلما حال عليها الحول باعها. فقد تعلق الحق في ذمته وليس في عينها.

(وبيع الجاني) لو جنىٰ عبدٌ علىٰ حقوق سيد آخر تعلق الحق بذمة السيد الأول سواء أداه من بيع عبده أو من أمواله الأخرىٰ.

(وتصرف الورثة في التركة) الإرث إن تعلق به دين جاز التصرف بجميع الإرث ما عدا مقدار الدين. فلو ترك عشرة آلاف دينار وهو مَدِين بألف دينار جاز للورثة التصرف في حدود التسعة آلاف دينار. أما الألف المدين به فالأرجح أن لا يجوز التصرف فيه لأن الحق متعلق بعين الإرث لقول الله ﷻ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٍ

يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ ﴾[١] فعلق الله تعالىٰ الحق بالعين. وكذا إن تعلق بوصية.

۞ **المُلَخَّص: من تصرف في عين تعلق بها حق لغيره صح التصرف ما لم يستقر في عينها.**

❑ ❑ ❑

(١) [النساء: ١٢].

القاعدة الرابعة والخمسون

من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها؛ فهل يجوز للمتصرف فيها الإقدام على التصرف المسقط لحق غيره قبل استئذانه؟

أن يكون الحق في قبضة صاحبه أو في حكم من تملكه

- كمن أعتق عبده المرهون
- المفلس المحجور عليه أعتق عبده المستحق لأحد غرمائه

لا يجوز ولا ينفذ

تصرفه موقوف على صاحب الحق

أن يكون صاحب الحق قد طالب بحقه

كمن اشترى سيارة والخيار للبائع فباعها المشتري

لا يجوز ولا ينفذ

موقوف على صاحب الحق

أن يثبت له الحق شرعاً ولم يطالب به

كمن اشترى سيارة وفي مجلس العقد باعها لآخر

لا يجوز ولا ينفذ حتى يفارق أحدهما المجلس

موقوف على صاحب الحق (البائع) ما داما في المجلس

❁ المَتْن

القاعدة الرابعة والخمسون

من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها؛ فهل يجوز للمتصرف فيها الإقدام على التصرف المسقط لحق غيره قبل استئذانه أم لا؟ هذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الحق الذي يسقط بالتصرف قد أخذ به صاحبه وتملكه.

الثاني: أن يكون قد طالب به صريحًا أو إيماءً.

الثالث: أن يثبت له الحق شرعًا، ولم يأخذ به ولم يطالب به.

فأما الأول: فلا يجوز إسقاط حقه ولو ضمنه بالبدل، كعتق العبد المرهون إذا قلنا بنفوذه على المشهور من المذهب؛ فإنه لا يجوز.

وأما الثاني: فإنه لا يجوز أيضًا، ومنه خيار [البائع] المشترط في العقد؛ لا يجوز للمشتري إسقاطه بالتصرف في المبيع وإن قلنا إن الملك له.

وأما الثالث: ففيه خلاف، والصحيح: أنه لا يجوز أيضًا، ولهذا لم يجز إسقاط خياره الثابت في المجلس في العتق وغيره كما لو اشترطه. ويندرج في صور الخلاف مسائل:

منها: مفارقة أحد المتبايعين الآخر في المجلس خشية الاستقالة، وتصرف المشتري في الشقص المشفوع بالوقف قبل الطلب، ووطء الزوجة المعتقة تحت عبد، وتصرف الزوجة في نصف الصداق إذا طلق الزوج قبل الدخول.

۞ الشَّرح

هذه القاعدة ما هي إلا تطبيقات للقاعدة السابقة الثالثة والخمسين، إن كان متعلقًا بالعين لم ينفذ التصرف، وإن كان متعلقًا بالذمة صح تصرفه وطولب بما في ذمته من الحق.

(من ثبت له حق في عين) كحق المرتهن في العين المرهونة. اقترض ألف دينار فطالبه المقرض (الدائن) برهن يستوفي حقه منه لو ماطل أو امتنع عن سداد الدين، فرهنه عبدًا ثم أعتق الراهن عبده. فقال بعضهم: بصحة العتق، وقال آخرون: بعدم صحته.

من باع سلعة لآخر بشرط أن يكون للبائع وحده الخيار مدة أسبوع، فباع المشتري السلعة قبل انتهاء مدة الخيار. فقال بعضهم: بصحة البيع، وقال آخرون: بعدم صحته.

(وسقط بتصرف غيره فيها) من قال بصحة العتق؛ سقط حق المرتهن في العين المرهونة، ومن قال بصحة البيع؛ سقط حق البائع في الخيار.

(فهل يجوز للمتصرف فيها الإقدام على التصرف المسقط لحق غيره قبل استئذانه أم لا؟ هذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون الحق الذي يسقط بالتصرف قد أخذ به صاحبه وتملكه) إذ يقدم مالك العين على التصرف فيها فيسقط حق من له حق فيها. كما لو أعتق عبده المرهون. فقال بعضهم: ينفذ عتقه فيصبح حرًا. وقال آخر: لا ينفذ؛ وهو الصحيح.

وعلى قول من أنفذ عتقه على المشهور من المذهب فإنه قال: لا يجوز للراهن

الإقدام علىٰ عتقه ولو كان نافذًا، ويوجب ضمان قيمته ليكون رهنًا. **والصحيح**: أنه لا ينفذ عتقه للقاعدة السابقة «الثالثة والخمسين»:

١ ـ فإن النهي يقتضي الفساد.

٢ ـ وما سبق من أدلة القاعدة.

٣ ـ وهو معلق بخيار المرتهن لأنه متعلق بالعين.

وكذا يقال في عتق العبد من قبل المفلس المحجور عليه لمن قال بنفاذه، فقد ثبت للغرماء الحق في العبد المملوك للمفلس بعد الحجر عليه، فهو متعلق بالعين.

(الثاني: أن يكون قد طالب به صريحًا أو إيماءً) كخيار الشرط للبائع. باع سلعة بشرط الخيار للبائع مدة أسبوع، فباع المشتري السلعة قبل انتهاء مدة الخيار. قال بعضهم: الملك للمشتري. وقال آخرون: لا يملكه إلا بانتهاء مدة الخيار أو بإسقاط البائع للخيار. لأن البائع قد صرح بأن الخيار له، وصرح ضمناً أنه لا يحق للمشتري أن يتصرف فيه أو يبيعه. فهذا إيماء وتعريض بالمطالبة بالفسخ فلا يجوز له التصرف فيه دون إذنه علىٰ كلا القولين باشتراطه الخيار في العقد.

والصحيح: أنه موقوف علىٰ البائع، فهو بالخيار لأنه متعلق بالعين.

مثال آخر: طالب الشفيع بحق الشفعة مطالبة صريحة أو إيماءً، فباعه المالك ولم يستأذنه؛ فالصحيح أنه موقوف علىٰ الشفيع، فهو بالخيار، فإن لم يأذن لم يصح.

(الثالث: أن يثبت له الحق شرعًا، ولم يأخذ به ولم يطالب به) باع عبدًا وهما في مجلس الخيار فأعتقه المشتري ولم يطالب البائع بحقه في خيار المجلس؛ فهل يصح العتق؟

أنفذ بعضهم العتق وقالوا: بتحريم فعل المشتري.

وأنفذ بعضهم العتق وأجازوا فعل المشتري.

وبعضهم الآخر لم ينفذ هذا العتق؛ وهو الصحيح. لكنه موقوف على البائع كسائر العقود المتعلقة بالعين والموقوفة على إجازة الآخر لحقه فيها.

مثال آخر: لو وقف المشتري الشقص المشفوع؛ أي جعله وقفًا قبل أن يطالب به الشفيع؛ فهل يصح وقفه؟ هل ينفذ؟

الصحيح: أنه موقوف على إذن الشفيع، فهو بالخيار وإلا لم ينفذ ولم يصح للقاعدة السابقة، وهو متعلق بالعين.

وكذا الأمة زوجة العبد؛ إذا أعتقها سيدها فلها فسخ العقد، ولكنها لم تعلم بالعتق فلم تطالب بالفسخ ولم تأخذ به فجامعها زوجها ليسقط خيارها بالفسخ؛ فقال بعضهم بجوازه.

والصحيح: عدم جوازه، ولا يسقط خيارها، فلها الفسخ لأنه متعلق بالعين.

أما تصرف الزوجة بنصف الصداق الخاص بالزوج إذا طلقها زوجها قبل الدخول؛ **فينظر**:

هل هو متعلق بالعين؛ كمن أصدقها حديقة أو أعيانًا يصعب وجود مِثْلٍ لها؛ فالتصرف فيه موقوف على إجازة الزوج.

وإن كان متعلقًا بالذمة؛ كالأثمان أو الأقوات صح تصرفه؛ لأنه متعلق بالذمة.

مثال ثالث: ومنها تصرف أحد المتابعين ما بيده من العوض إذا استحق الآخر رد ما بيده لعيب أو خلف في صفة؛ **فينظر**:

إن كان متعلقًا بعين: يندر وجود مثله له فلا يصح؛ وهو موقوف على إجازة الطرف الآخر.

إن كان متعلقًا بالذمة وله مثل صح، وعليه المِثْل.

۞ المُلَخَّص: من ثبت له حق في عين وتصرف غيره فيه تصرفاً يسقط حقه فلا يجوز تصرفه وهو موقوف على صاحب الحق.

❑ ❑ ❑

۞ المَتْن

القاعدة الخامسة والخمسون

من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد ؛ هل يكون تصرفه تملكًا أم لا ؟ وهل ينفذ تصرفه أم لا ؟ المشهور من المذهب: أنه لا يكون تملكًا ولا ينفذ ، وفي بعض صورها خلاف . ومن صور المسألة: البائع بشرط الخيار إذا تصرف في المبيع لم يكن تصرفه فسخًا ، ولم ينفذ ، نص عليه .

۞ الشَّرْح

(من ثبت له حق التملك بفسخ) البائع بخيار الشرط مُدة أسبوع له حق فسخ العقد ليعود إليه ملك المبيع ، أو من وجد سلعته بعينها عند المفلس بعدما حجر عليه الحاكم ؛ وثبت للحاكم أن هذه السلعة لهذا الغريم فله حق فسخ العقد بينه وبين المفلس لتعود إليه سلعته .

(أو عقد) من طلق زوجته طلاقًا رجعيًا فله حق إعادتها ، أو من عرضت عليه هبة فله حق تملكها بقبوله لها ، أو عرضت عليه وكالة بشروطها فله حق التصرف بشروطها إذا قبلها ، أو كانت له وصية من قبل الميت وتعينت فله حق التملك بقبوله لها .

(هل يكون تصرفه تملكًا أم لا ؟ وهل ينفذ تصرفه أو لا ؟) البائع بخيار الشرط إذا أراد فسخ البيع فتصرف في المبيع فوهبه لولده أو جاره قبل أن يبلغ المشتري بالفسخ ؛ هل تصرفه يعتبر فسخًا للبيع ؟ وهل ينفذ تصرفه ؟

مثال ثان: وجد سلعته عند مفلس وثبت حقه فيها فباعها ؛ هل يعتبر تصرفه فسخاً لعقد البيع السابق ؟ وهل ينفذ بيعه الجديد ؟

مثال ثالث: طلق زوجته رجعياً ثم جامعها ؛ هل يعتبر جماعه لها رجعة ؟ وهل تنفذ رجعته ؟

مثال رابع: لم يتلفظ الموهوب له بقبول الهبة ولكنه باعها ؛ فهل تصرفه فيها يعتبر تملكًا لها ؟ وهل ينفذ بيعه ؟ وكذا في الوكالة والوصية.

(المشهور من المذهب: أنه لا يكون تملكًا) في المذهب خلاف:

فالمشهور أنه لا يكون تملكًا.

القول الآخر: أنه تملك وفسخ ؛ وهو قول ابن عقيل والقاضي أبي يعلىٰ والحلواني ، وهو الظاهر من قول تقي الدين ابن تيمية.

(ولا ينفذ) في المذهب خلاف:

المشهور: أن تصرفه لا ينفذ لأنه لم يملكه إذ لم يتلفظ بالفسخ ولا بالقبول.

القول الآخر: ينفذ تصرفه لأنه تملك وفسخ.

(وفي بعض صورها خلاف) علىٰ القول المشهور: أنه لا يكون تملكًا ولا فسخًا ، وأن تصرفه فيه لا ينفذ ، إلا أن في بعض صورها خلافاً ؛ علىٰ القول المشهور.

التحقيق: أن تصرفه يعتبر في العقود قبولاً ويعتبر في الفسوخ فسخاً ، لأن العقود والفسوخ تثبت بكل ما دل علىٰ مقصودها من قول أو فعل(١).

۞ الأدلة على القاعدة(٢)

١ ـ قول الله ﷻ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ

---

(٢) القواعد والضوابط للحصين (٢/٢٠٦) [مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٧)].

(٣) انظر القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية للحصين (٢/٢٠٨ ـ ٢١٢) وانظر الإعلام (٢ ـ ٤ ـ ٥)، (٣/١٣١)، الزاد (٤/٨٠ ـ ٨١) (٤/٣٨ ـ ٣٩)، والقاعدة العاشرة لابن رجب.

أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾(١)، وقال ﷻ: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴾(٢)، وغير ذلك من الآيات الواردة في عقود النكاح والرجعة والرضاعة والمداينة والمبايعة والقرض والإنفاق والصدقة والعتق فإن الدلالة فيها من وجوه:

أحدها: أن الشارع اكتفىٰ بالتراضي في البيع، وبطيب النفس في التبرع، فتلك الآية من جنس المعاوضات، وهذه الآية من جنس التبرعات، ولم يشترط لفظًا معينًا ولا فعلًا معينًا يدل علىٰ التراضي وعلىٰ طيب النفس، ونحن نعلم بالاضطرار من عادات الناس في أقوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون التراضي وطيب النفس بطرق متعددة.

الوجه الثاني: أن هذه الأسماء جاءت في كتاب الله تعالىٰ وسنة رسوله ﷺ معلقًا بها أحكام شرعية، وكل اسم فلا بد له من حد، فمنه ما يعلم حده باللغة كالشمس والقمر والبر والبحر، ومنه ما يعلم بالشرع كالصلاة والصيام والزكاة، وما لم يكن له حد في اللغة ولا في الشرع فالمرجع فيه إلىٰ عرف الناس.

ومعلوم أن البيع والإجارة والهبة ونحوها لم يحد الشارع لها حدًا لا في كتاب الله ولا سنة رسوله، ولا نقل عن أحد من الصحابة والتابعين أنه عيّن للعقود صفة معينة من الألفاظ أو غيرها أو قال ما يدل علىٰ ذلك من أنها لا تنعقد إلا بالصيغ الخاصة، بل قد قيل: إن هذا القول مما يخالف الإجماع القديم وأنه من البدع، وليس لذلك حد في لغة العرب.

الوجه الثالث: أن تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان: عبادات يصلح بها

---

(٢) [النساء: ٢٩].

(١) [النساء: ٤].

دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم. فباستقراء أصول الشريعة نعلم أن العبادات التي أوجبها الله أو أحبها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع. وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل فيه عدم الحظر، فلا يحظر منه إلا ما حظره الله سبحانه وتعالى.

وإذا كان كذلك فنقول: البيع والهبة والإجارة وغيرها هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم؛ كالأكل والشرب واللباس، فإن الشريعة قد جاءت في هذه العادات بالآداب الحسنة فحرمت منها ما فيه فساد، وأوجبت ما لا بد منه، وكرهت ما لا ينبغي، واستحبت ما فيه مصلحة راجحة في أنواع هذه العادات ومقاديرها وصفاتها. وإذا كان كذلك فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاؤوا ما لم تحرم الشريعة؛ وإن كان بعض ذلك يستحب أو يكون مكروهًا، وما لم تحد الشريعة في ذلك حدًا فيبقون فيه على الإطلاق الأصلي(١).

٢ ـ قول النبي صلى الله عليه وسلم: «**من بنى مسجداً لله تعالى بنى الله له بيتًا في الجنة**»(٢). فإنه لا يلزم أن يقول: هذا وقف لله تعالى، فبناؤه مسجداً يغني عن التلفظ بالوقف.

٣ ـ عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر، فكنت على بكر صعب لعمر، فكان يغلبني فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر: «**بعنيه**». قال: هو لك يا رسول الله. قال: «**بعنيه**». فباعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «**هو لك يا عبد الله بن عمر، تصنع به ما شئت**»(٣).

---

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/١٤ ـ ١٨).
(٣) رواه البخاري (٤٥٠)، ومسلم (٥٣٣).
(٤) رواه البخاري (٢١١٥).

٤ ـ عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ إذا أتي بطعام سأل عنه: «**أهدية أم صدقة ؟**» ، فإن قيل صدقة ، قال لأصحابه: «**كلوا**» ، ولم يأكل . وإن قيل هدية ضرب بيده ﷺ فأكل معهم(١) .

ووجه الاستدلال بهذه الاحاديث من وجهين:

الوجه الأول: أنه لم يأمر أحدًا بالتزام صيغة معينة ، بل علق الحكم على نفس الفعل كما في بناء المسجد وقبول الهدية ونحو ذلك .

الوجه الثاني: أنه لو كان يأمر أصحابه بلفظ معين لنقل ؛ لأن هذا مما تتوافر الهمم والدواعي على نقله(٢) .

٥ ـ قول النبي ﷺ: «**إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم**»(٣) . فالعمل في حكم الكلام بل أولى ، فإذا تصرف فيما له حق التملك فله حكم التلفظ .

من صور الفسخ

البائع بشرط الخيار مدة أسبوع إذا تصرف في المبيع ؛ فالصحيح: أن تصرفه فيه فسخ له ؛ وهذا قول ابن عقيل والحلواني والقاضي أبي يعلى وابن قدامة ، وينفذ تصرفه وهو قول الحلواني .

باع سيارة لآخر إلى أجل ثم أفلس المشتري ، فوجد البائع سيارته بعينها وقد

(٢) رواه البخاري (٢٥٧٦) .

(٣) القواعد والضوابط الفقهية للحصين (٢/٢١٢) [المغني لابن قدامة (٦/٨) ، مجموع الفتاوى لابن تيمية (٧/٥٧٣)] .

(١) رواه البخاري (٥٢٦٩) .

حجر عليها الحاكم وعلىٰ ما تبقىٰ من أموال المفلس، ثم تعين عند الحاكم بالأدلة أو غيرها أن السيارة لهذا البائع، فأخذها البائع ثم وهبها لآخر صح فسخه للبيع، وصح تصرفه بالهبة لآخر. ولكن لا يتصرف فيها قبل أن يتبين أنها للبائع سداً للذريعة، خشية أن يكون آخر قد ادعاها وتحصل مفسدة بذلك. وأما إذا كان في تصرفه فيها له استرجاعها عرفاً دون إذن الحاكم فتصرف فيها ولو لم يتلفظ؛ صح تصرفه علىٰ قول القاضي وابن عقيل.

من صور التملك

تصرف الشفيع في الشقص المشفوع. إذا باع المالك نصيبه من البستان لابن عمه بعشرة آلاف دينار فأخذ ثمنه دون أن يعرضه علىٰ شريكه فعلم شريكه بذلك فدفع الشفيع الثمن للمشتري دون أن يتلفظ بالتملك أو بالمطالبة ثم وهبه لصاحبه صح تملكه له، وصح تصرفه وهبته لصاحبه علىٰ الصحيح.

أما أن يتصرف الشفيع فيه قبل دفع الثمن ويقوم ببيعه أو هبته فلا يصح، إذ ربما يؤخر الشفيع تسليم الثمن بينما البائع علق تسليم البستان علىٰ قبض الثمن، وربما يريد الشفيع تقسيط الثمن بينما اشترط البائع علىٰ المشتري أن يكون الثمن نقداً دفعة واحدة، أي لا يوفي الشفيع بشروط البيع.

وهب آخر سيارة، فتصرف الموهوب له في السيارة بأن باعها دون أن يتلفظ بالقبول؛ صح تملكه لها وصح تصرفه فيها بالبيع.

وصىٰ لآخر وصية، وبعد وفاة الموصي وبعد تعيين الوصية للموصىٰ إليه تصرف الموصىٰ إليه بها دون أن يتلفظ بالقبول؛ صح تملكه وصح تصرفه.

وكّل آخر ببيع سيارته ولم يتلفظ الوكيل بالقبول ثم باع سيارة الموكل حسب

الشروط المذكورة؛ صح تملكه للوكالة وصح تصرفه بالبيع.

رجل طلق زوجته طلقة رجعية ولم يتلفظ بالرجعة ثم قَبَّلها أمام أمها وأبيها ثم اصطحبها إلىٰ منزله فجامعها صحت رجعته، وصح تصرفه بالجماع، ولكن لا بد من الإشهاد علىٰ الرجعة.

۞ **المُلَخَّص: من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد فإن تصرفه يعتبر في العقود قبولاً وفي الفسوخ فسخاً.**

❑ ❑ ❑

۞ المَتْن

القاعدة السادسة والخمسون

شروط العقد من أهلية العاقد أو المعقود له أو عليه إذا وجدت مقارنة بها ولم تتقدم عليها ؛ هل يكتفي بها في صحتها ؟ أم لا بد من سبقها ؟ المنصوص عن أحمد: الاكتفاء بالمقارنة في الصحة.

وفيه وجه آخر: لا بد من السبق ؛ وهو اختيار ابن حامد والقاضي في الجملة.

۞ الشَّرح

(شروط العقد من أهلية العاقد أو المعقود له أو عليه) من شرط صحة العقد أن يكون كل من العاقد والمعقود له والمعقود عليه أهلًا للعقد ؛ فمن شروط عقد النكاح أهلية الولي وأهلية الزوج لأن يعقد له وأهلية الزوجة لأن يعقد عليها هذا النكاح. فلا بد وأن تكون الزوجة المعقود عليها أهلاً للناكح وهو الزوج ، فلا تكون أمة بينما العاقد حرٌ غير مضطر ، فلا بد وأن تكون حرة. وكذا يقال في حق البائع والمشتري.

(إذا وجدت مقارنة بها ولم تتقدم عليها ؛ هل يكتفي بها في صحتها ؟ أم لا بد من سبقها ؟) فإذا توفرت الأهلية قبل العقد صح العقد. لكن ماذا لو لم تتوفر قبل العقد وإنما توفرها قارن العقد ؛ فهل يكتفي بمقارنتها للعقد ؟

كأن تكون المعقود عليها أمة والناكح حرًا ؛ فإذا جعل عتقها صداقها ، فالعتق لم يسبق العقد بل قارنه ؛ فهل يصح عقد النكاح ؟

(المنصوص عن أحمد: الاكتفاء بالمقارنة في الصحة)

۞ الأدلة على صحة العقد إذا قارنته الشروط ولم تتقدم عليه

الأول: عن أنس رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها[١].

وفي لفظ آخر للبخاري عن أنس: سبى النبي ﷺ صفية فأعتقها وتزوجها. فقال ثابت لأنس: ما أصدقها؟ قال: نفسها[٢].

وفي رواية الطبراني عن صفية أم المؤمنين رضي الله عنها قالت: أعتقني النبي ﷺ وجعل عتقي صداقي[٣].

وجه الاستدلال: يحرم زواج الحر من الأمة إلا عند الضرورة، إذ يشترط حرية المرأة لعقد النكاح، وكانت صفية أمة؛ فجعل النبي ﷺ عتقها مقارنًا لعقد النكاح.

الثاني: روى الطحاوي عن نافع عن ابن عمر في قصة جويرية بنت الحارث أن النبي ﷺ جعل عتقها صداقها[٤].

الثالث: القياس. لأنه يملك رقبتها ومنفعة وطئها وخدمتها، فله أن يسقط حقه من ملك الرقبة ويستبقي ملك المنفعة أو نوعًا منها؛ كما لو أعتق عبده وشرط عليه أن يخدمه ما عاش. فإذا أخرج المالك الرقبة عن ملكه واستثنى نوعاً من منفعته لم يمنع من ذلك في عقد البيع؛ فكيف يمنع منه في عقد النكاح. ولما كان منفعة البضع لا تستباح إلا بعقد النكاح أو ملك اليمين؛ وكان اعتاقها يزيل

---

(٢) رواه البخاري (٥٠٨٦).

(٣) رواه البخاري (٣٧١).

(٤) رواه الطبراني في الكبير (٢٤/٧٣ ـ ٧٤) وأبو الشيخ، انظر فتح الباري (٩/١٢٩).

(٥) إسناده حسن وهو صحيح لغيره، رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٢٠ ـ ٢١)، وانظر مرويات غزوة بني المصطلق (٣١٢ ـ ٣١٤).

ملك اليمين عنها كان من ضرورة استباحة هذه المنفعة جعلها زوجة، وسيدها كان يلي نكاحها وبيعها ممن شاء بغير رضاها، فاستثنى لنفسه ما كان يملكه منها. ولما كان من ضرورته عقد النكاح ملكه؛ لأن بقاء ملكه المستثنى لا يتم إلا به[١].

الرابع: هو بمثابة تعليق العقد على توفر الشرط، فإذا توفر الشرط صح العقد. فالشروط منها ما هو ممنوع، ومنها ما هو جائز؛ كمن قال للأمة: تزوجتك إذا أصبحت حرة، أو أعتقك بشرط أن تكوني زوجة لي بعد عتقك، أو قال للحرة: إذا وافق أبوك ووافقت أمك.

وهذا له أدلة كثيرة منها:

١ ـ الجعالة، قال الله ﷻ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾[٢]، عقد الجعالة أن يعلق العوض على شرط مستقبلي، فإذا توفر الشرط توفر العقد، فكذا هنا متى ما عتقت فهي زوجة لي.

٢ ـ الوصية. وهي هبة معلقة بشرط الوفاة.

٣ ـ النذر المعلق بشرط.

٤ ـ لما أمر النبي ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة قال: «**إن قتل زيد فجعفر، فإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة**»[٣].

٥ ـ المدبر؛ إذ قال للعبد: أنت حر بشرط وفاتي.

---

(٢) انظر الزاد (٢/١٤٤ ـ ١٤٥) (١/٢٨)، ونيل الأوطار (٦/١٧٥ ـ ١٧٦)، وسبل السلام (٣/١٤٨)، وشرح ثلاثيات أحمد (١/٣٨٨ ـ ٣٩٠).

(٣) [يوسف: ٧٢].

(٤) رواه البخاري (٤٦٢١).

٦ ـ علق وكيل عمر رضي الله عنه عقد المزارعة بشرط: لهم الشطر إن جاء عمر بالبذر[١].

٧ ـ عقد أبي بكر رضي الله عنه الولاية لعمر في المستقبل بشرط وفاته.

٨ ـ اشترىٰ نافع بن عبد الحارث دارًا بمكة من صفوان علىٰ إن رضي عمر فالبيع بيعه، وإن لم يرض عمر فلصفوان أربعمائة[٢].

٩ ـ اشترىٰ ابن مسعود رضي الله عنه جارية امرأته واشترطت عليه إن أرجعها فهي لها بالثمن.

وهو قول ابن تيمية[٣]، وابن القيم[٤]، وابن عثيمين.

الخامس: عتق المدبر[٥]، إذ أجمعوا علىٰ صحة التدبير. روىٰ مسلم عن جابر رضي الله عنه قال: أعتق رجل من بني عذرة عبدًا له عن دبر، فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: «**ألك مال غيره؟**»، فقال: لا. فباعه النبي ﷺ[٦].

إذ العتق تحقق بموت المالك، بينما المالك له حق العتق في مالٍ ملكه، أما بعد موت المالك فالعبد يصبح حقًا للورثة، فأباح النبي ﷺ أن يكون العتق مقارنًا

(٢) ذكره البخاري معلقاً قبل حديث (٢٣٢٨)، وقد رواه ابن أبي شيبة عن يحيىٰ بن سعيد مرسلاً، والبيهقي (١٣٥/٦) عن عمر بن عبد العزيز مرسلاً. انظر فتح الباري (١٢/٥) وتغليق التعليق (٣٠٣/٣ ـ ٣٠٤).

(٣) ذكره البخاري معلقاً (٢٤٢٣) ورواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق والبيهقي (٣٤/٦) والمزي في تهذيب الكمال (٣٤٤/١٧) من طريق ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمن بن فروخ به. وعبد الرحمن بن فروخ لم يرو عنه سوىٰ عمرو بن دينار، وقال ابن حجر: مقبول.

(٤) الاختيارات (٤٠٤/٨).

(٥) أعلام الموقعين (٣٨٧/٢ ـ ٣٨٩) (١١/٤ ـ ١٢).

(٦) البخاري (٢٥٣٤) (٦٧١٦).

(١) رواه مسلم (٩٩٧) وروىٰ نحوه البخاري (٢١٤١).

للموت، فدل على صحة مقارنة الشرط للعقد.

السادس: جواز الوصية بدلالة الآية، إذ التصرف في المال من حق المالك وهو على قيد الحياة، فإذا توفي صار المال للورثة، فأباح الشارع هبة الموصى له ثلث ماله مقارنًا لوفاته.

السابع: الممنوع أن يتقدم العقد على الشرط الوضعي، فالممنوع أن يتقدم المشروط على الشرط، ولا يوجد دليل يمنع من أن يكون العقد مقارنًا لتوفر شروط صحته، فلا يوجد دليل يمنع من مقارنة المشروط للشرط، فليس هو باقتران العلة بمعلولها أو السبب بالمسبب؛ لأن السبب موجود وهو عقد النكاح ولكن اقترن الشرط بالمشروط.

الثامن: القاعدة السابقة، وهو أن تصرفه يعتبر بمثابة القول، فيعتبر تصرفه فسخًا أو تملكًا وينفذ تصرفه.

من صور القاعدة

من أعتق أمته وجعل عتقها صداقها، فالعتق والحرية لم تتقدم العقد، بل قارنته.

لو باعه شيئًا بشرط أن يكون هذا المبتاع رهنًا حتى يسلم المشتري الثمن. فالمشتري لم يملك الرهن قبل عقد البيع، فكيف يرهن ما لا يملك؟ فجعله مقارنًا لعقد البيع.

لو قال لفلان: إذا تزوجتُ فلانه فقد وكلتك في طلاقها. فكيف يوكل في طلاقها ولم يتزوجها بعد، فجعل الوكالة في الطلاق مقارنًا لعقد النكاح.

۞ **المُلَخَّص: تصح شروط العقد من أهلية العاقد أو المعقود له أو عليه سواءً وجدت مقارنة بها أو تقدمت عليها.**

القاعدة السابعة والخمسون

إذا تقارن الحكم ووجود المنع أو المانع منه؛ هل يثبت الحكم معه؟

- **تقارن الحكم ووجود المنع منه**
  - قال لزوجته: أنت طالق مع انقضاء عدتك
    - لا تطلق
- **تقارن الحكم ووجود المانع منه**
  - **وجود المانع يرفع علة الحكم**
    - زواج الحر ذي العنت من حرة وأمة في عقد واحد
      - لا يثبت الحكم
        فلا يصح عقد زواج الأمة
  - **وجود المانع لم يرفع العلة**
    - نفس المثال السابق ولكن اشترط عليه المالك أن لا يزوجه أمته إلا بزواجه من حرة في عقد واحد
      - يثبت الحكم
        فيصح عقده على الحرة والأمة

❁ المَتْن

القاعدة السابعة والخمسون

إذا تقارن الحكم ووجود المنع منه، فهل يثبت الحكم أم لا؟ المشهور: أنه لا يثبت.

وقال ابن حامد: يثبت.

وإن تقارن الحكم ووجود المانع [منه]؛ فهل يثبت الحكم معه؟ فيه خلاف.

❁ الشَّرح

(**إذا تقارن الحكم ووجود المنع منه**) أي إذا اقترن إصدار الحكم مع المنع من وقوع الحكم. رجل طلق زوجته طلقة رجعية فاعتدت حتى انقضت عدتها، فتكون قد بانت منه، فلا حكم له عليها، فلو طلقها بعدما بانت منه لا اعتبار لهذه التطليقة الثانية.

فإذا قال لها: أنت طالق مع انقضاء عدتك. فقرن الحكم الجديد وهي طلقة ثانية مع منع وقوع هذه الطلقة عليها لبينونتها منه، فبانقضاء العدة تبين، وليس له عليها سبيل ولا طلاق؛ لأن الطلاق الصحيح متعلق باستمرار عقد النكاح؛ بينما في الصورة المذكورة لا يوجد عقد نكاح بل هي بائنة منه.

مثال آخر: إذا قال لزوجته: أنت طالق بعد موتي؛ لم تطلق، إذ بموته تبين منه، ولا يصبح عقد النكاح سارياً، إنما تبقى نتائجه من إرث وعدة وحداد، فلا سبيل له عليها من طلاق أو حرمان إرث بعد وفاته، فيمتنع وقوع الطلاق عليها، أي يمتنع وقوع الحكم عليها. فإذا قال لها: أنت طالق مع موتي؛ فقد قرن الطلاق

بموته، أي قرن الطلاق ببينونتها منه، فلا تطلق إلا مقترنة بالبينونة؛ فالطلقة لم تسبق البينونة.

(فهل يثبت الحكم أم لا؟) أي هل تقع عليها الطلقة الثانية أم لا؟

(المشهور: أنه لا يثبت) أي لا يقع الحكم، فلا تطلق ثانية.

(وقال ابن حامد: يثبت) يقع الحكم فتثبت الطلقة.

۞ الأدلة على عدم وقوع الحكم

١ ـ إن الحكم ـ المسبب ـ لا يقع إلا إذا توفر السبب، والسبب كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفًا لحكم شرعي. فبوجود المنع من الحكم ينتفي وجود السبب؛ فإذا انتفى السبب انتفى الحكم الشرعي: لو بانت منه لم يتوفر السبب وهو عقد النكاح الذي يقع به الحكم وهو الطلاق.

٢ ـ لا يقع المسبب [الحكم] إلا إذا سبقه السبب، فالمسبب ينتج عن السبب، فالنتيجة لا تقارن السبب بل تكون لاحقة له، والسبب لا بد وأن يسبق المسبب؛ فلا يقارنه؛ لأنه لم يكن مسببًا ـ نتيجة ـ إلا لتقدم السبب عليه، فلو صح مقارنته له لما كان سببًا له ولما كان المسبب ناتجًا عنه ومتوقفًا عليه.

٣ ـ الشرط لا بد وأن لا يتأخر عن محل وقوعه؛ وإلا لما سمي شرطًا له. فإذا علق الحكم على شرط انتفاء محل وقوعه فإنه لا يقع.

٤ ـ لا يصح التصرف فيما لا يملك؛ كما قال النبي ﷺ: «**لا وفاء لنذر في معصية، ولا فيما لا يملك العبد**»[1]، وهو غير مقدور عليه. فبوجود المنع لا يملك

(١) رواه مسلم (١٦٤١).

التصرف، فلا اعتبار لتصرفه.

٥ ـ إذا تعارض حظر مع إباحة قدم الحظر. فيقدم المنع علىٰ وجود لحكم.

٦ ـ المنع بمثابة النهي؛ فإذا اقترن النهي بالحكم اقتضىٰ فساده.

٧ ـ إذا تكافآ تساقطا في تأثير كل منهما علىٰ الآخر، فلا يثبت الحكم فيه.

٨ ـ لا يثبت الحكم إلا إذا كان الحق محلاً لوقوعه، فإذا وافق منعاً لوقوعه؛ فكيف يثبت الحكم؟

٩ ـ لا يثبت الحكم إلا بتوفر شروطه وأركانه وواجباته وخلوه من الموانع؛ فإذا تقارن المنع مع الحكم لم يسبقه توفر متطلباته.

(وإن تقارن الحكم ووجود المانع فهل يثبت الحكم معه؟ فيه خلاف)

المانع: هو كل وصف ظاهر منضبط يلزم من وجوده عدم الحكم. فالسبب موجود، ولكن المانع يمنع من تحقق الحكم كالحدث مع الصلاة، ونكاح الأمة مع اليسار والقدرة علىٰ نكاح الحرة.

فالحر العادم للطول [الفقير الذي لا يستطيع الزواج من حرة] الخائف للعنت؛ إذا تزوج في عقد واحد حرة وأمة؛ فقدرته علىٰ نكاح الحرة مانع من صحة نكاح الأمة ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ۚ وَٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِكُم ۚ بَعْضُكُم مِّنۢ بَعْضٍ ۚ فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ وَلَا مُتَّخِذَٰتِ أَخْدَانٍ ۚ فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ۚ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾[1] فعلىٰ وجهين؛ والأصح: بإقدامه علىٰ

(١) [النساء: ٢٥].

الزواج من الحرة دل على قدرته على الزواج وعدم العنت قبل نكاح الأمة، فالمانع تقدم ولم يقارن، فلا يصح زواجه من الأمة.

أما إذا لم يزوجه ولي الحرة إلا باقترانها بالأمة فحينئذ لم يجد طولًا للزواج من الحرة، ولم يسبق زواجه من الحرة زواج الأمة فيصح النكاح. لأن وجود المانع لم ينقض العلة ولم يرفعها.

إذا مات الذمي وله أطفال صغار حُكِم بإسلام الأولاد وتوريثهم منه. فاقترن إرثهم منه بإسلامهم، وإسلامهم مانع من موانع إرث غير المسلم. هذه المسألة لم يقترن المنع بالحكم إنما اقترن المانع بالحكم، والمنع لا يتحقق إلا بأن يسبقه المانع. فسبق الحكمُ المنع منه، فصح الحكم. وإنما بموت أبيه تتحقق مجموعة من الأحكام: أولها: إرثه منه. ثانيها: إسلامه. «فإسلامه إنما ثبت بموت أبيه. ولم يتقدم الإسلام الذي هو المانع عن الميراث ـ على سبيل استحقاقه»[1].

۞ **المُلَخَّص: إذا تقارن الحكم ووجود المنع منه لم يصح الحكم.**

وإذا تقارن الحكم ووجود المانع منه:

إن كان وجود المانع يرفع علة الحكم فلا يثبت الحكم.

وإن كان وجوده لا يرفع علة الحكم ثبت الحكم.

❑ ❑ ❑

(١) أحكام أهل الذمة (٢/٤٩٤).

القاعدة الثامنة والخمسون



۞ المَتْن

القاعدة الثامنة والخمسون

من تعلَّق به الامتناع من فعل هو متلبس به فبادر إلىٰ الإقلاع عنه، هل يكون إقلاعه فعلًا للممنوع منه؟ أو تركًا له فلا يترتب عليه شيء من أحكامه؟ هذه عدة أنواع:

أحدها: أن لا يتعلق به حكم الامتناع بالكلية إلا وهو متلبس به؛ فلا يكون نزعه فعلًا للممنوع منه.

النوع الثاني: أن يمنعه الشارع من الفعل في وقت معين، ويعلم بالمنع، ولكن لا يشعر بوقت المنع حتىٰ يتلبس بالفعل، فيقلع عنه في الحال؛ فاختلف أصحابنا في ذلك.

النوع الثالث: أن يعلم قبل الشروع في فعل أنه إذا شرع فيه يترتب عليه تحريمه وهو متلبس به، فهل يباح له الإقدام علىٰ ذلك الفعل؛ لأن التحريم لم يثبت حينئذ؟ أم لا يباح له؛ لأنه يعلم أن إتمامه يقع حرامًا؟ فيه لأصحابنا قولان.

النوع الرابع: أن يتعمد الشروع في فعل محرَّم عالمًا بتحريمه، ثم يريد تركه والخروج منه وهو متلبِّس به فيشرع في التخلص منه بمباشرته أيضًا.

۞ الشَّرْح

(**من تعلَّق به الامتناع من فعل هو متلبس به**) كمن صلىٰ وفي نعليه نجاسة وهو لا يعلم، فالنجاسة في الصلاة ممنوع التلبس بها، ثم علم أن في نعليه نجاسة.

(**فبادر إلىٰ الإقلاع عنه**) بادر إلىٰ نزع النعل الأول ثم نزع بعدها الثانية.

(هل يكون إقلاعه فعلًا للممنوع منه) هل تماديه لنزع نعليه يعتبر فاعلًا للممنوع منه حيث علم به وهو متلبس به.

(أو تركًا له فلا يترتب عليه شيء من أحكامه؟) أم يعتبر تاركاً للممنوع منه فتصح صلاته، ولا شيء عليه؟

(هذه عدة أنواع:

أحدها: أن لا يتعلق به حكم الامتناع بالكلية إلا وهو متلبس به فلا يكون نزعه فعلاً للممنوع منه) عندما تلبس به:

١ ـ لم يكن يعلم بالمنع.

٢ ـ أو ناسيًا.

٣ ـ أو جاهلًا بأنه متلبس به.

٤ ـ أو لم ينزل الحكم بالمنع ثم نزل الحكم.

۞ الأدِلَّة

١ ـ الأحكام المنسوخة. إذ كان النبي ﷺ والصحابة رضي الله عنهم على الحكم المنسوخ حتى نزل الحكم الناسخ، فالتحول من المنسوخ إلى الناسخ ربما يقتضي تلبسًا بالمنسوخ.

من ذلك ما ورد عن عبد الله بن عمر، قال: بينا الناس بقباء في صلاة الصبح إذ جاءهم آت فقال: إن رسول الله ﷺ قد أنزل عليه الليلة قرآن، وقد أمر أن يستقبل الكعبة فاستقبلوها، وكانت وجوههم إلى الشام فاستداروا إلى الكعبة[1].

(١) رواه البخاري (٤٠٣)، ومسلم (٥٢٦).

وجه الاستدلال: أن الأمر قد نزل بالتوجه إلىٰ الكعبة وهم كانوا مستقبلين الشام، فلما استداروا في الصلاة تاركين القبلة المنسوخة لم يكونوا أثناء الاستدارة مستقبلي القبلة الجديدة وإنما متلبسين بغيرها.

٢ ـ أحكام الجاهل بالمنع أو الجاهل بوجود المانع.

أ ـ إعذار الجاهل بالمنع بلا تفريط؛ فهو مرفوع عنه القلم، وقد تضافرت الأدلة عليه ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾.

ب ـ إعذار الجاهل بوجود المانع بالرغم من كونه يعلم بالمنع ولكنه يجهل أنه متلبس به. من صوره أن النبي ﷺ صلىٰ بالصحابة، وبينما هو يصلي بأصحابه إذ خلع نعليه فوضعهما عن يساره فلما رأىٰ ذلك القوم ألقوا نعالهم، فأخبرهم النبي ﷺ أن جبريل عليه السلام أخبره (وهو في الصلاة) أن فيهما قذرًا أو قال: أذىٰ[(١)]. فبادر النبي ﷺ إلىٰ نزعهما، وهذا يتطلب بقاءه في الصلاة واستمراره فيها لينزع الأولىٰ ثم ينزع الثانية، فلم يعتبر نفسه ﷺ فاعلًا للممنوع منه أثناء إقلاعه عنه، بل تاركاً له.

٣ ـ ما استجد من أحكام. فما كان علىٰ أصل العفو ثم نزل حكم جديد اقتضىٰ ذلك استمرار التلبس به وهو في طريقه إلىٰ الإقلاع عنه؛ وقد أذنت الشريعة به.

أ ـ عن يعلىٰ بن أمية أنه كان يقول: ليتني أرىٰ رسول الله ﷺ حين ينزل عليه، قال: فبينما النبي ﷺ بالجعرانة وعليه ثوب قد أظل به معه فيه ناس من أصحابه، إذ جاءه أعرابي عليه جبة متضمخ بطيب فقال: يا رسول الله! كيف ترىٰ في رجل أحرم بعمرة في جبة بعدما تضمخ بالطيب؟ فأشار عمر إلىٰ يعلىٰ بيده: أن تعال،

(١) رواه أبو داود (٦٥٠) وصححه ابن خزيمة (١٠١٧) وابن حبان (٢١٨٥) والحاكم (٦٢٠/١) والألباني.

فجاء يعلىٰ فأدخل رأسه فإذا النبي ﷺ محمر الوجه يغط كذلك ساعة، ثم سري عنه فقال: «**أين الذي يسألني عن العمرة آنفًا**»؟ فالتمس الرجل فأتي به فقال: «**أما الطيب الذي بك فاغسله ثلاث مرات، وأما الجبة فانزعها، ثم اصنع في عمرتك كما تصنع في حجك**»(١).

وجه الاستدلال: من أجل أن يتخلص السائل من الجبة والطيب فإنه يلزمه التمادي فيهما إلىٰ أن يتخلص منهما وهو مأذون له فيه.

ب ـ لما حرمت الخمر بقوله ﷻ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ رِجۡسٞ مِّنۡ عَمَلِ ٱلشَّيۡطَٰنِ فَٱجۡتَنِبُوهُ﴾(٢) أراقه الصحابة رضي الله عنهم(٣). فهم في سعيهم لإراقته لم يجتنبوه في تلك الساعة، ومع ذلك لا يعتبرون قد فعلوا الممنوع منه.

٤ ـ التذكر بعد النسيان. فمن تذكر بعدما نسي وتمادىٰ فيه ليقلع عنه فلا يعتبر فاعلًا للممنوع؛ كما روىٰ البخاري ومسلم أن النبي ﷺ صلىٰ إحدىٰ صلاتي العشي ركعتين ثم سلم منها، فقال له ذو اليدين: يا رسول الله، أقصرت الصلاة أم نسيت؟ قال: «لم تقصر ولم أنس». قال: بل نسيت. فقال للصحابة: «**أصدق ذو اليدين**»؟(٤) ثم جمع الصحابة وتقدمهم فصلىٰ بهم ركعتين ثم سلم وسجد سجدتي السهو.

فمنذ أن أخبره إلىٰ أن تكلم النبي ﷺ مع الصحابة ثم انتقل إلىٰ القبلة ثم إلىٰ موضع إمامته، فقد تمادىٰ في كل ذلك لتحقيق المطلوب.

---

(٢) رواه البخاري (١٥٣٦) (٤٣٢٩)، ومسلم (١١٨٠).

(٣) [المائدة: ٩٠].

(٤) رواه البخاري (٢٤٦٤)، (٤٦١٧).

(٥) رواه البخاري (٧١٤).

٥ ـ قول الله ﷻ: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ﴾(١)، فلا يمكن الإقلاع والخروج من الممنوع إلا بالتمادي فيه في طريق إقلاعه عنه.

٦ ـ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، فلا يمكن الإقلاع عنه والخروج من الممنوع إلا بالتمادي فيه في طريق الخروج.

٧ ـ الوسائل لها أحكام المقاصد. فالمقصد هو الإقلاع عن الممنوع، والوسيلة للإقلاع عنه هو التمادي فيه في طريق الخروج منه، فله حكم المقصد أي وجوب التمادي فيه في طريق الخروج منه.

٨ ـ التبع له حكم الأصل. سعيه في طريق تحقيق الأصل هو تبع للأصل فله حكم الأصل وهو عدم التلبس به، فكأنه لم يتلبس به.

٩ ـ قصة بول الأعرابي في المسجد وقول النبي ﷺ: «دعوه وهريقوا على بوله سَجْلاً من ماءٍ»(٢).

وجه الاستدلال: علم الأعرابي بتحريم البول في المسجد بعدما شرع في البول؛ فهو بين ثلاثة خيارات: إما أن يضيقوا عليه فيقطع بوله فيتضرر، أو يغادر المكان وبوله يقطر في طريقه إلى الخروج فيحصل ضرر أكبر، أو يستمر في تبوله في مكانه الذي شرع فيه ولابسته النجاسة قبل أن يعلم فيكون أخف ضرراً. فشرع النبي ﷺ الخيار الأخير، فدل على جواز التمادي للتخلص من الممنوع.

قال ابن تيمية: «لما بدأ بالبول كان إتمامه خيراً من أن يقطعوه فيلوث ثيابه وبدنه»(٣).

---

(٢) [البقرة: ٢٨٦].

(٣) رواه البخاري (٢٢٠).

(١) مجموع الفتاوى (٢٢/١٦).

من صوره

● ما ورد في الأدلة المذكورة، ومن ذلك: نزع النعلين في الصلاة وفيهما نجس.

● من صححت له القبلة وهو في الصلاة.

● من سلم بعد الصلاة ثم استقبل الناس ولم يتم صلاته نسيانًا.

● من لبس قميصًا أو تطيب وهو محرم ثم تذكر، فسعى لنزع القميص فلا شيء عليه.

● أن يستمر في التلبس بالمنكر السابق لتخليص الأمة من المنكر الذي لا يخلصها منه إلا بالتدرج وبهذه الطريقة؛ كفعل يوسف عليه السلام، والنجاشي.

(النوع الثاني: أن يمنعه الشارع من الفعل في وقت معين، ويعلم بالمنع ولكن لا يشعر بوقت المنع حتى يتلبس بالفعل فيقلع عنه في الحال) كمن أراد الصيام وهو يعلم تحريم الجماع حال الصيام، فجامع أهله في السحور، فدخل عليه الفجر وهو متلبس بالجماع وهو لا يشعر فنزع عن أهله.

(فاختلف أصحابنا في ذلك) رجح شيخ الإسلام ابن تيمية أنه لا بأس به(١).

۞ الأدِلَّة

١ ـ الأدلة السابقة.

٢ ـ دلالة الالتزام. أن يستفاد من اللفظ معنى لازم غير مقصود للمتكلم؛ كقوله تعالى: ﴿فَٱلۡـَٔـٰنَ بَـٰشِرُوهُنَّ وَٱبۡتَغُواْ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمۡۚ وَكُلُواْ وَٱشۡرَبُواْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلۡخَيۡطُ ٱلۡأَبۡيَضُ مِنَ ٱلۡخَيۡطِ ٱلۡأَسۡوَدِ مِنَ ٱلۡفَجۡرِۖ﴾(٢)، فدل على جواز المباشرة

(٢) مجموع الفتاوى (٢١/١٦ ـ ٢٢).

(٣) [البقرة: ١٨٧].

حتىٰ يتبين الفجر للصائم، فإذا تبين أقلع عن المباشرة والجماع، فدل علىٰ جواز التمادي للإقلاع عن المباشرة بعد تبين الفجر[١].

من صور المسألة

إذا جامع في ليل رمضان فأدركه الفجر وهو مجامع فنزع في الحال. اختار ابن تيمية وأبو حفص العكبري أنه لا يفطر[٢]، ولا يأثم إذا كان حال الابتداء متيقنًا بقاء الليل، بلا خلاف[٣]، ولا كفارة عليه علىٰ الراجح.

إذا وطئ امرأته فحاضت أثناء الوطء.

(النوع الثالث: أن يعلم قبل الشروع في فعل أنه إذا شرع فيه يترتب عليه تحريمه وهو متلبس به) الفعل في أصله مباح، ولكن الفاعل يعلم أنه إذا تلبس به فإنه يترتب عليه تحريمه. كقوله لزوجته المطلقة طلقتين: إن وطئتك فأنت طالق. فإذا وطئها وأولج تكون قد بانت منه بينونة كبرىٰ وأصبحت محرمة عليه. فعند النزع يكون قد تمادىٰ في الوطء مع كونها محرمة عليه، وهو يعلم ذلك قبل أن يطأها أنها ستحرم عليه بوطئها.

(فهل يباح له الإقدام علىٰ ذلك الفعل لأن التحريم لم يثبت حينئذ) هل يباح له الشروع في وطئها بعد قوله المذكور لأنها مباحة له، ولأنها زوجته لم تحرم عليه بعد؟

(أم لا يباح له؛ لأنه يعلم أن إتمامه يقع حرامًا؟ فيه لأصحابنا قولان) أم تحرم عليه لأنه يعلم بوطئها ستصبح محرمة عليه؟

---

(٢) انظر شرح الكوكب المنير (٣/٤٧٦)، وقواعد ابن رجب (١/٤٤٧، ٤٧٨).

(٣) انظر مجموع الفتاوىٰ (٢٢/١٦)، وقواعد ابن رجب (١/٤٤٧، ٤٧٨).

(١) قواعد ابن رجب (١/٤٤٧).

الصحيح أن يقال:

١ ـ هل قصد بهذا الشرط اليمين ؛ كاليمين بالطلاق ؟ فإن قصد اليمين فلا تحرم عليه ، وإنما سينتقل إلىٰ مسألة أخرىٰ وهي : هل تجب عليه كفارة اليمين إذا أولج ثم نزع ؟

٢ ـ إذا لم يقصد اليمين فإنه يقال:

أ ـ وطؤها لا يحكم بتحريمه ابتداء ؛ لأن الشرع أباحها له .

ب ـ ولا يقاس باختلاط المحرم بالمباح كاختلاط لحم الخنزير بالمباح ؛ لأن الأصل مباح ، فوطؤها مباح ؛ ولكنه هو حرمها علىٰ نفسه بالوطء ، بينما لحم الخنزير حرمه الشارع ابتداء قبل أن يلامس لحم الخنزير فمه .

جـ ـ والنزع هو ترك للجماع ومفارقة له وترك للحرام حينئذ ، فهو تبع لترك المحرم .

د ـ هل النزع جزء من الوطء ؟ فإن كان جزءًا من الوطء حينئذ يكون مباحًا ؛ لأن الجماع عبارة عن الإيلاج والنزع ؛ لأنه قال: إن وطئتك فأنت طالق . فالنزع ما زال جزءًا من هذا الوطء الذي لم ينته بعد ، فلا بد وأن يتحقق الوطء كاملًا لتطلق بعده ، ولأن النزع جزءٌ من الوطء الأول فلا يعتبر قد قارف حرامًا ، فالطلاق يقع بعد الوطء الكامل الذي هو الإيلاج ثم النزع ؛ ولا يقع الطلاق قبل الانتهاء من الوطء الكامل .

ومثل أن يقول لزوجته: إن وطئتك فأنت عليَّ كظهر أمي ، فهذا يمين كبرىٰ .

أو يقول لزوجته: إن وطئتك فأنت طالق . وكان قد طلقها قبلها طلقتين ، فهو إن

وطئها أصبحت أجنبية محرمة عليه، فلزمه النزع والإقلاع، فهو أثناء النزع متماد في تحقيق الشرط كاملاً لوقوع الطلاق.

لذا فإنه ينقسم إلى أقسام:

١ ـ إذا كان الشروع فيه جائز والنزع منه جزء من الشروع فيه ـ من نفس العمل ـ وليس شروعًا في محظور آخر؛ كالمسألة المذكورة فلا بأس؛ وهو الذي رجحه المؤلف الحافظ ابن رجب.

٢ ـ إذا كان الشروع فيه جائز ويصاحبه محرم آخر؛ فهو خارج عن مسألتنا.

٣ ـ إذا كان الشروع فيه جائز؛ وللنزع منه يقتضي ارتكاب محظور آخر ليس جزءًا من العمل المشروع فيه، كدخول منزل فلان ولا يمكنه الخروج منه إلا بشرب محرم أو فعل فاحشة؛ فخارج عن مسألتنا.

(النوع الرابع: أن يتعمد الشروع في فعل محرَّم عالماً بتحريمه) أن يتوسط في أرض مغصوبة عمدًا.

(ثم يريد تركه والخروج منه، وهو متلبِّس به فيشرع في التخلص منه بمباشرته أيضًا) إما تائبًا فيريد الخروج منها وقد توسطها، وإما لغرضٍ ما بدا له؛ فلا بد وأن يمشي فيها متوجهًا إلى الخارج. أما الثاني فهو آثم، وأما من خرج تائباً؛ فهو مبني على مسائل:

❊ **أولًا**: هل تصح توبته؟ تصح توبته.

❊ **ثانيًا**: هل يزول عنه الإثم؟ يزول عنه الإثم بشرط أن يصدق في توبته؛ فيندم، ويقلع ويخرج خارج الأرض المغصوبة، ويعزم على أن لا يعود، ويرد الحق لأصحابه.

❋ **ثالثًا**: هل شروعه للخروج منها يعتبر طاعة أم معصية ملابسًا لها؟ يعتبر طاعة لما سبق من الأدلة، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، ولكن يغرم التلف.

❋ **رابعًا: من صورها**

توسط الأرض المغصوبة عمدًا ثم التوبة والشروع في الخروج منها.

تطيب المحرم عمدًا ثم سعى لغسل الطيب.

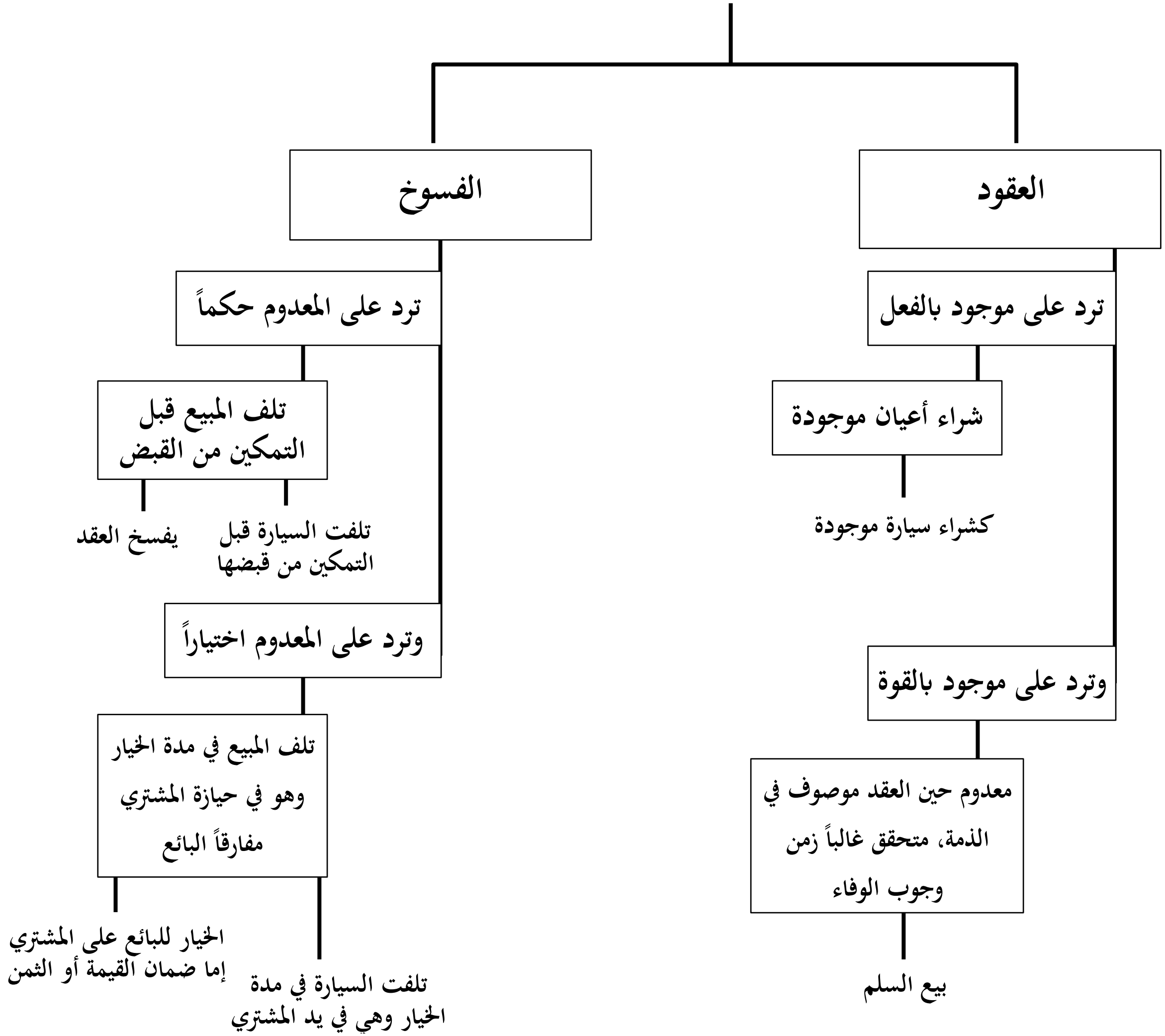
غصب متاعًا ثم سعى في حمله لرده إلى صاحبه.

۞ **المُلَخَّص**: **من تعلق به الامتناع من فعل هو متلبس به فبادر إلى الإقلاع عنه؛ لا يكون إقلاعه فعلاً للممنوع منه ولا يترتب عليه شيء إلا إذا تعمد فعل المحرم وتَرَكَه ليس توبة ولا ندماً.**

❑ ❑ ❑

القاعدة التاسعة والخمسون

العقود لا ترد إلا على موجود بالفعل والقوة، وأما الفسوخ فترد على المعدوم حكماً أو اختياراً



۞ المَتْن

القاعدة التاسعة والخمسون

العقود لا تَرِدُ إلا علىٰ موجود بالفعل أو بالقوة، وأما الفسوخ فَتَرِدُ علىٰ المعدوم حكمًا أو اختيارًا علىٰ الصحيح؛ وقد دل عليه حديث المصراة حيث أوجب الشارع ردَّ صاع التمر عوضًا عن اللبن بعد تلفه.

۞ الشَّرح

❊ **أولاً**: الفسوخ عكس العقود.

❊ **ثانياً**: **(العقود لا تَرِدُ إلا علىٰ موجود بالفعل أو بالقوة)**

١ ـ الموجود بالفعل: هو المتحقق الوجود حين إبرام العقد، كالعقد علىٰ شراء أعيان: سيارة، عقار، طعام.

٢ ـ الموجود بالقوة: هو المعدوم حين العقد لكنه موصوف في الذمة، متحقق الوجود غالبًا عند وجوب الوفاء[١]؛ سواء من أعيان: كبيع السلم وعقد الاستصناع، أو منافع: كإجارة وجعالة أو مضاربة.

❊ **ثالثاً**: العقود التي يقع بها التعامل بين الناس لا بد أن تكون علىٰ أعيان موجودة حال إبرام العقد، أو علىٰ موصوف في الذمة يتحقق وجوده عند حلول الوفاء وإن لم يكن موجوداً بالفعل عند إبرام العقد[٢].

❊ **رابعاً**: الفسوخ ـ وهي إلغاء العقود وإبطال آثارها ـ تقع في المعدوم حكماً

(٢) شرح تحفة أهل الطلب؛ د. عبد الكريم اللاحم (١٩٤).

(٣) المصدر نفسه.

وتقع فيه اختياراً، وقيل: لا تقع فيه اختياراً[١].

(وأما الفسوخ فترد على المعدوم حكمًا)

الفسخ الحكمي: إلغاء العقد وإبطال أثره بقطع النظر عن رضا[٢] المتعاقدين ورغبتهما.

أ ـ والفسخ يَرِد على المعدوم حكمًا:

١ ـ كما لو تلف المبيع قبل التمكين من قبضه، تلفت السيارة قبل أن يُمكَّن المشتري من قبضها، فقد فُسخ البيع وهي معدومة حكمًا مفسوخة شرعاً، فقد فسخه الشارع.

٢ ـ إذا تلفت الثمار المشتراة في رؤوس النخل قبل التمكين من قبضها؛ فهي معدومة حكمًا مفسوخة شرعًا.

٣ ـ كما لو تلفت العين المستأجرة قبل مضي مدة الإجارة؛ فقد انفسخ العقد فيما بقي من مدة الانتفاع بالإجارة؛ والانتفاع معدوم لانعدام العين المستأجرة.

(أو اختيارًا على الصحيح وقد دل عليه حديث المصراة، حيث أوجب الشارع ردَّ صاع التمر عوضًا عن اللبن بعد تلفه) الفسخ الاختياري: إلغاء العقد وإبطال أثره من قبل أحد المتعاقدين برغبته واختياره[٣].

ب ـ الفسخ يرد على المعدوم اختيارًا.

كحديث المصراة: فالمشتري بالخيار في فسخ العقد المتضمن للدابة الموجودة

(٢) شرح التحفة (١٩٣).
(٣) شرح التحفة (١٩٤).
(١) انظر شرح التحفة (١٩٤).

واللبن الذي تلف بعد حلبها. فوقع الفسخ في اللبن التالف.

إذا تلف المبيع في مدة الخيار وكان المبيع من ضمان المشتري: فللبائع الفسخ ويرجع بِعِوَضِه وله إمضاء العقد وأخذ الثمن.

إذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد رده؛ فالتالف معدوم؛ فيجوز للمشتري رد ما تبقى من المبيع مع قيمة التالف ويأخذ الثمن الذي دفعه للبائع، فهو مخير في رد المعيب.

۞ **المُلَخَّص: العقود لا ترد إلا على موجود بالفعل أو بالقوة، وأما الفسوخ فترد على المعدوم حكماً أو اختياراً.**

❑ ❑ ❑

۞ المَتْن

القاعدة الستون

التفاسخ في العقود الجائزة متىٰ تضمَّن ضررًا علىٰ أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز علىٰ ذلك الوجه.

۞ الشَّرْح

(التفاسخ في العقود الجائزة)

الفسخ: حل ارتباط العقد.

والعقود تنقسم إلىٰ قسمين:

الأول: عقد لازم: وهو ما لا يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ دون رضا الآخر؛ كبيع الأعيان والسلم والحوالة والإجارة.

الثاني: عقد جائز: وهو ما يكون لأحد العاقدين حق الفسخ؛ كالوكالة والوصية والعارية والوديعة والجعالة.

(متىٰ تضمَّن ضررًا علىٰ أحد المتعاقدين) كعقد الجعالة. مثال: من زرع لي قمحًا أعطيته مائة دينار. فشرع الرجل فحرث وبذر ثم فسخ الجاعل هذا العقد قبل ظهور الزرع، فتضمن ضررًا علىٰ العامل المجعول له.

(أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد) كمن وكل رجلًا ببيع سيارته ثم عزل الوكيل، ولكن الوكيل باع السيارة قبل أن يبلغه العزل، فتضمن ضررًا علىٰ المشتري.

(لم يجز) لا يصح هذا الفسخ ويحرم.

(ولم ينفذ) فيبقىٰ العقد ويستمر.

(إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه) كأن يعطي المجعول له أجر عمل يديه والبذر، ويضمن الضرر الواقع علىٰ المشتري والوكيل.

(فيجوز علىٰ ذلك الوجه) بعد أن يضمن الضرر يجوز فسخه.

الدليل

١ ـ القاعدة الشرعية: لا ضرر ولا ضرار.

٢ ـ قاعدة: الضرر يزال.

٣ ـ العدل الذي قامت عليه الشريعة. فالقول بالجواز فيما لم يتضرر به الآخر، أما إذا تضرر فقد جاءت الشريعة بالعدل، فيضمن الغار الذي غر الآخر أو كان متسبباً في لحوق الضرر بالآخر.

من صورها

إذا قبل الموصىٰ له بالوصية ثم ردها بعد الموت، فقد تضرر الموصي؛ لأنه يريد أن يجري ثوابها له صدقة جارية.

إذا فسخ عقد الجعالة بعدما شرع به العامل.

إذا فسخ المالك عقد المساقاة أو المزارعة بعد العمل قبل ظهور الثمر أو الحب.

إذا فسخ المالك عقد المضاربة بعدما شرع به المدير فلحقه الضرر بالفسخ.

فسخ أحد الشريكين عقد الشركة بعدما تحول المال إلىٰ عروض.

۞ **المُلَخَّص: التفاسخ في العقود الجائزة متىٰ تضمَّن ضررًا علىٰ أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد لم يجز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز علىٰ ذلك الوجه.**

❁ المَتْن

القاعدة الحادية والستون

المتصرف تصرفًا عامًا على الناس كلهم من غير ولاية أحد معيَّن وهو الإمام ؛ هل يكون تصرفه عليهم بطريق الوكالة لهم ؟ أو بطريق الولاية ؟ في ذلك وجهان.

❁ الشَّرْح

(المتصرف تصرفًا عامًا على الناس كلهم من غير ولاية أحد معيَّن وهو الإمام) أي أمير البلد ليس وليًا لشخص معين ، وإنما على جميع الناس ، على جميع الأمة والشعب.

(هل يكون تصرفه عليهم بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية) هل هو وكيل أم ولي عليهم ؟

❊ **أولًا**: لا بد من معرفة **معنى كل منهما** اصطلاحًا.

● **الوكالة**

لغة: الحفظ.

اصطلاحًا: إقامة الغير مقام النفس في تصرف جائز معلوم.

● **الولاية**

تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: وكالة. وهو ما يفوض فيها طرف طرفًا آخر بأمر ما.

«كولاية المتولي على الوقف، يفوض الواقف الناظر بحفظ المال الموقوف

والعمل علىٰ إبقائه صالحًا ناميًا بحسب شروط الواقف»[١].

القسم الثاني: ما ليس بوكالة. وهي سلطة علىٰ إلزام الغير وإنفاذ التصرف عليه دون تفويض منه[٢]؛ كولاية القاصر وولاية القتيل وولاية النكاح.

❋ **ثانياً: فائدة الخلاف**: لو قتل شخص باجتهاد الإمام ثم تبين خطأ الإمام؛ هل ديته علىٰ عاقلته؟ أم من بيت المال؟ فإن كان من بيت المال فهو وكيل عن الأمة، وإن كان علىٰ عاقلته فهو متصرف بنفسه.

❋ **ثالثاً: الإمامة.**

● تعريفها: خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا به، وحمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الأخروية والدينية الراجعة إليها[٣].

● كيف تنعقد؟

الأصل أنها تنعقد بالاختيار.

۞ الأدِلَّة

١ ـ لما توفي النبي ﷺ لم ينص نصًا صريحًا علىٰ الخليفة من بعده، وإنما قال النبي ﷺ: «**يأبىٰ الله والمؤمنون إلا أبا بكر**»[٤].

٢ ـ قال عمر رضي الله عنه: إن استخلف فقد استخلف من هو خير مني ـ يعني أبا بكر، وإن أترك فقد ترك من هو خير مني ـ يعني رسول الله ﷺ[٥]. أي تركها النبي

(٢) انظر الموسوعة الفقهية (٤٥/١٥٧)، (٤٤/٢١٧ ـ ٢١٩).

(٣) الموسوعة الفقهية (٤٥/١٣٩).

(٤) ابن خلدون (الإمامة ٢٩).

(٥) رواه مسلم (٢٣٨٧).

(٦) رواه البخاري (٧٢١٨) ومسلم (١٨٢٣).

ﷺ ولم يعين إماماً وإنما فوضها لاختيار الأمة.

٣ ـ إن خلافة أبا بكر تمت ببيعة الصحابة رضي الله عنهم أهل الحل والعقد له اختياراً.

٤ ـ قال عمر رضي الله عنه: من بايع رجلًا عن غير مشورة من المسلمين فلا يبايع هو ولا الذي بايعه تَغِرَّة أن يقتلا[١]. فهي موكولة إلىٰ اختيار المسلمين أهل المشورة.

٥ ـ أن عثمان رضي الله عنه تمت إمامته باختيار أهل الحل والعقد له.

٦ ـ أن عليًا رضي الله عنه تمت إمامته باختيار أهل الحل والعقد له.

دل ما سبق أن الإمامة تحققت بتفويض أهل الحل والعقد له، مما يدل أنها توكيل منهم له؛ وهو قول القاضي أبي يعلىٰ.

❋ **رابعاً**: لكن هذا التوكيل جعله الشارع لازمًا بالبيعة والإمامة، إذ جعل له:

١ ـ حق الطاعة له لقول الله جل جلاله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ﴾[٢]، وقول النبي ﷺ: «**اسمعوا وأطيعوا وإن استعمل عليكم عبد حبشي كأن رأسه زبيبة**»[٣].

٢ ـ عدم جواز منازعته. قال عبادة بن الصامت: «**بايعنا رسول الله ﷺ علىٰ السمع والطاعة في العسر واليسر، والمنشط والمكره، وعلىٰ أثرة علينا، وعلىٰ أن لا ننازع الأمر أهله، وعلىٰ أن نقول بالحق أينما كنا لا نخاف في الله لومة لائم**»[٤].

٣ ـ عدم جواز نكث البيعة، فمن نزع يداً من طاعة أو فارق الجماعة فمات فميتته

---

(٢) رواه البخاري (٦٨٣٠).

(٣) [النساء: ٥٩].

(٤) رواه البخاري (٧١٤٢).

(٥) رواه البخاري (٧١٩٩)، ومسلم (١٧٠٩).

جاهلية إذ قال النبي ﷺ: «**من بايع إماما فأعطاه صفقة يده وثمرة قلبه فليطعه إن استطاع، فإن جاء آخر ينازعه فاضربوا عنق الآخر**»(١).

٤ ـ عزله من قبل أهل الحل والعقد. ولم يسموا بأهل الحل والعقد إلا لأنهم يحلون ويعقدون كما قال الإمام أحمد: من دعا إلىٰ بدعة فلا تجيبوه ولا كرامة، وإن قدرتم علىٰ خلعه فافعلوا(٢).

٥ ـ عزل نفسه. ويمكنه عزل نفسه كما حدث للحسن رضي الله عنه، إذ قال النبي ﷺ: «**إن ابني هذا سيد، ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين**»(٣).

❋ **خامساً**: إذا فوضه أهل الحل والعقد فلا يجوز لواحد أن يفسخ عقد الوكالة معه حتىٰ يفسخه أهل الحل والعقد للآيات والأحاديث الواردة الدالة علىٰ وجوب طاعته وحرمة نزع اليد من طاعة.

❋ **سادساً**: إذا تبين بأنها وكالة وتفويض فيترتب علىٰ ذلك أمور:

١ ـ لا يضمن الإمام لبيت المال إذا لم يفرط ولم يتعد.

٢ ـ له أن يعزل نفسه أو يعزله أهل الحل والعقد.

٣ ـ لا ينعزل بموت من بايعه؛ لأن الذين بايعوه بايعوه نيابة عن الأمة، فهم في بيعتهم له وكلاء عنهم.

❋ **سابعاً**: كل من عينه الإمام يعتبر وكيلًا له كالوزير والقاضي والأمير ونواب القاضي.

۞ **المُلَخَّص: تصرف الإمام بطريق الولاية الناتجة عن الوكالة.**

---

(٢) رواه مسلم (١٨٤٤).

(٣) طبقات الحنابلة (٢/٣٠٥).

(١) رواه البخاري (٢٧٠٤).

القاعدة الثانية والستون

فيمن ينعزل قبل العلم بالعزل سواءً في ذلك الوكيل وغيره

- **بموت الطرف الآخر**
  [وكله ببيع سيارته ثم توفي ثم باعها قبل علمه بوفاته]
  - لا ينعزل إلا بعلمه بموته
  - صحة تصرفه
    حتى يعلم بموت الطرف الآخر
- **بعزل أو فسخ الطرف الآخر**
  [رب المال فسخ عقد المضاربة ولم يعلم به المضارب وعقد العقود قبل علمه]
  - لا ينعزل إلا بعلمه
  - صحة تصرفه
    حتى يعلم بعزل أو فسخ الطرف الآخر له

❁ المَتْن

القاعدة الثانية والستون(١)

فيمن ينعزل قبل العلم بالعزل: المشهور أن كل من ينعزل بموت أو عزل؛ هل ينعزل بمجرد ذلك؟ أم يقف عزله على علمه؟ على روايتين، وسواء في ذلك الوكيل وغيره.

والإذن للزوجة والعبد ـ فيما لا يملكانه بدون إذن ـ إذا وجد بعده نهي لم يعلماه مُخَرَّجٌ على الوكيل.

❁ الشَّرْح

(فيمن ينعزل قبل العلم بالعزل) مثاله: وكّل آخر بأن يبيع سيارته، أو أعطاه مائة دينار ليتصدق بها على من يستحق، ثم عزله، ولكن الوكيل تصدق بها أو باع السيارة قبل أن يعلم بالعزل؛ فهل يصح تصرف الوكيل في البيع؟ أم أنه يضمن؟

(المشهور) في المذهب.

(أن كل من ينعزل بموت) أي بموت الموكل.

صورته: رجل وكّل آخر بما سبق ذكره، ثم مات الموكِّل قبل أن يتصرف الوكيل بالسيارة ولم يعلم الوكيل بموت الموكِّل، ثم تصرف بها الوكيل، وبعد تصرفه علم بموت الموكِّل؛ فهل يصح تصرفه أم لا؟

(أو عزل) أي كان الموكِّل على قيد الحياة فعزل الوكيل ولم يعلم الوكيل بالعزل

(١) راجع التقريب لابن القيم (٦١)، وبدائع الفوائد (٤/١٦٨)، ومفتاح دار السعادة (٩٦، ١٠٢)، الزاد (٣/٤٣)، المدارج (١/٣٣٠ ـ ٣٣١).

فتصرف بالبيع ثم علم بالعزل.

(هل ينعزل بمجرد ذلك) وهذه المسألة لها شقان:

الأول: هل ينعزل بذلك؟

الثاني: هل يصح تصرفه قبل علمه بالعزل؟

(أم يقف عزله على علمه) أي لا يعزل إلا بعد علمه، وبذلك تصح تصرفاته؟

(على روايتين) روايتان عن الإمام أحمد:

الأولى: ينعزل.

الثانية: لا ينعزل.

وفيه وجه ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية: ينعزل بموت الموكِّل لا بعزل الموكِّل للوكيل.

وأما مسألة عزل الموكل للوكيل ولم يعلم الوكيل فتصرَّف؛ فلها صورتان:

الصورة الأولى: إذا عزله الموكل ولم يعلم الوكيل فتصرف.

أ ـ أما عزله: فله عزله.

ب ـ لكن هل حكمه جارٍ في تصرفات الوكيل؟ اختار شيخ الإسلام ابن تيمية أنه لا ينعزل إلا بعد علمه، ولا ضمان عليه، وهو مذهب الحنفية والمالكية وقول للشافعية ورواية لأحمد.

الدليل

١ ـ قول الله تعالى: ﴿فَمَن جَآءَهُۥ مَوۡعِظَةٞ مِّن رَّبِّهِۦ فَٱنتَهَىٰ فَلَهُۥ مَا سَلَفَ﴾[1]،

---

(٢) [البقرة: ٢٧٥].

علق الله سبحانه التكليف بعلم المكلف، فصح تصرفه قبل علمه به.

٢ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾(١)، فعلقه بوصول الرسالة وهو العلم بها.

٣ ـ كنسخ الأحكام التي لا تثبت في حق العبد قبل بلوغ الناسخ إليه، فلو نزل حكم إلهي بنسخ حكم ما ولم تعلم بالنسخ فعملت بالمنسوخ؛ فعملك صحيح وتصح عبادتك حتىٰ تعلم بالنسخ. كحادثة أهل قباء: كانوا يصلون نحو بيت المقدس، فبلغهم النسخ وهم في الصلاة أن القبلة قد حولت نحو الكعبة فتحولوا إليها(٢) ولم يعيدوا تكبيرة الإحرام ولا ما أدوه قبل تحولهم، بالرغم من نسخ الحكم قبل أن يكبروا للإحرام.

٤ ـ قاعدة «التكليف معلق بالعلم»، فمتىٰ ما علمت فأنت مكلف، وإذا لم تعلم فأنت غير مكلف.

٥ ـ قاعدة: «عدم التكليف بما لا يطاق». لو ضمَّنّا الوكيل في تصرفه قبل علمه لكان تكليفًا بما لا يطاق وقد قال الله تعالىٰ: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا﴾(٣)، وهذا ليس في وسعه.

٦ ـ قاعدة «الضرر يزال». إنّ عزله وعدم إعلامه وتضمينه يوقع ضررًا عليه ومشقة، والضرر يزال.

٧ ـ قاعدة «رفع الحرج». في إبطال العقود المترتبة علىٰ عدم علمه بالعزل تعظم

---

(٢) [الإسراء: ١٥].
(٣) رواه البخاري (٤٤٨٦، ٤٤٨٨).
(٤) [البقرة: ٢٨٦].

البلوى، ويترتب حرج عظيم على الوكيل ومشقة كبيرة، وقد جاءت الشريعة برفع الحرج ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[1].

٨ ـ الوكيل لم يفرط، فتضمينه وإبطال عقوده نوع من العقوبة، وهذا يعتبر ظلمًا لا سيما إذا كان التفريط من الموكِّل.

٩ ـ إذا كانت الوكالة بلا أجرة فالوكيل محسن وقد قال الله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[2]، وقال الله تعالى: ﴿هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ﴾[3].

١٠ ـ عزل عمر بن الخطاب رضي الله عنه مجموعة من الولاة في أمصار بعيدة عن المدينة كما عزل سعد رضي الله عنه، فلم يثبت أنه رضي الله عنه أبطل تصرفات الولاة قبل أن يصلهم أمر العزل.

مسألة:

إذا ترجح أنه لا ضمان على الوكيل، وأنه يصح تصرفه قبل علمه بالعزل لم ينعزل الوكيل حتى يبلغه العزل، فمدة العزل إلى أن يبلغه الخبر، ولا اعتبار لعزله خلالها للقاعدة: «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل»[4].

من صورها

عقد المضاربة والشركات. فلو عزل وكيله في المضاربة ولم يصل إليه العلم

(٢) [الحج: ٨٧].
(٣) [التوبة: ٩١].
(٤) [الرحمن: ٦٠].
(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (٤٧٧)، القواعد الفقهية د. الزحيلي (٦٧٨/١)، الفروق للقرافي (١٤٤/٢)، القواعد للمقري (٣٢٩/١) القاعدة (١٠٦، ١٤٥، ٣٨٥)، الأعلام (١٣٥/٣)، موسوعة القواعد (٣١٧/١).

صحت كل تصرفات الوكيل.

وعزل الحاكم للوالي أو القاضي. فعزل الحاكم لولاته أو قضاته إذا لم يصل إليهم العلم لا يبطل تصرفاتهم قبل وصول العلم إليهم.

وكذا التوكيل بالبيع والعتق.

وكذا إذن المرتهن للراهن بالتصرف ثم منعه ولم يعلم الراهن إلا بعد تصرفه.

وكذا تصرفات الزوجة فيما يملك الزوج بناءً علىٰ الإذن المسبق، ثم منع ولم تعلم.

فتصح جميع التصرفات السابقة قبل علم الوكيل بالعزل.

الصورة الثانية: موت الموكل. إذا مات الموكِّل؛ هل يصح تصرف الوكيل؟ نعم، يصح تصرف الوكيل، والدليل علىٰ ذلك:

١ ـ الأدلة المذكورة سابقًا في الصورة الأولىٰ.

٢ ـ هذا أمر مما تعم به البلوىٰ، ومنتشر في عهد النبوة لا سيما ممن كان يبعث مع القوافل المضاربات فترجع القافلة وقد مات بعض أرباب الأموال، فلم يثبت أن النبي ﷺ نبه علىٰ إبطال تلك التصرفات.

٣ ـ كم من خليفة توفي ثم علم بوفاته أهل الأمصار بعد أيام، وقد تصرف ولاة الأمصار من بعد موته قبل علمهم بذلك، فلم يثبت أن أحد الولاة أبطل تصرفاته التي حدثت قبل علمه بموت الخليفة.

من صورها

توكيل الولي لشخص ما بتزويج موليته ثم مات الولي ولم يعلم الوكيل بموته

وانتقلت الولاية إلىٰ آخر، فزوَّج الوكيل المرأة قبل علمه بانتقال ولاية الموكل إلىٰ شخص آخر وبطلان وكالته.

(والإذن للزوجة والعبد فيما لا يملكانه بدون إذن إذا وجد بعده نهي لما يعلماه مُخَرَّج علىٰ الوكيل) في الأمور التي لا تملك الزوجة ولا العبد التصرف فيه إلا بإذن؛ وقد أُذن لهما بالتصرف، ثم نُهُوا عنه وارتفع الإذن ولم يعلموا به واستمروا في التصرف في الأمور التي تحتاج إذناً في تصرفهم، ثم علموا برفع الإذن؛ فجميع التصرفات السابقة صحيحة.

❁ **المُلَخَّص: كل من ينعزل بموت أو بعزل فإنه لا ينعزل إلا بعد علمه بالعزل.**

❑ ❑ ❑

القاعدة الثالثة والستون

من توقف نفوذ تصرفه أو سقوط الضمان أو الحنث عنه على الإذن فتصرف قبل العلم به ثم تبين أن الإذن كان موجوداً

- ما يغلب عليه حق الله تعالى
  - ما لا يتوقف على إذن الطرف الآخر
    - كالزنا والربا
    - لا اعتبار لإذنه
  - ما ينفع فيه الإذن قبل التصرف
    - كمن علق الطلاق على الخروج بلا إذن
    - له حكم تصرف المأذون
    - مع الإثم إذا لم يتوفر الإضرار أو شدة الحاجة
- ما يغلب عليه حق بني آدم
  - عقود
    - توفرت فيه الأركان والواجبات والشروط الظاهرة في صحة العقد وتخلفت عنه الشروط الخفية
      - كالعيب والتدليس في البيع
      - صح
      - مع الإثم
    - ما تخلف عنه ركن أو شرط ظاهر
      - كبيع الفضولي
      - صح
      - مع الإثم
  - غير عقود
    - كالغصب
    - صح تصرفه
    - مع الإثم

۞ المَتْن

القاعدة الثالثة والستون

وهي أن من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به.

ويندرج تحت ذلك مسائل العتق والطلاق والخلع، وفسخ المعتقة تحت عبد، وفسخ المبيع للعيب والمدلس وكذلك الإجارة، وفسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر.

۞ الشَّرْح

(وهي أن من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به) إذا كان أحد العاقدين بيده فسخ العقد وإمضاؤه، بينما الآخر ليس بيده فسخه ولا يعتبر رضاه لفسخ العقد فلا يعتبر علمه به، فلو فسخ الأول صح الفسخ سواء علم الآخر أم لم يعلم، ولكن يجب على الفاسخ إبلاغ الآخر لئلا تترتب مفاسد على عدم علمه بالفسخ.

من صوره

عتق العبد لا يعتبر فيه رضاه فلا يعتبر علمه به، وطلاق الزوجة لا يعتبر فيه رضاها؛ فلا يعتبر علمها به.

ثانيًا: الأدلة

١ ـ الطلاق. لو طلق أحدهم زوجته في غيبتها صح الطلاق ولو لم ترض، ولا يتوقف الطلاق على علمها به بالإجماع.

٢ ـ العتق. لو أعتق أحدهم مملوكه في غيبة المملوك صح عتقه ولو لم يرض

العتيق، ولا يتوقف العتق على علمه به بالإجماع.

٣ ـ لا دليل على وجوب علمه به، فاشتراط علم الآخر به يحتاج إلى دليل، فجعل علمه به شرطاً يفتقر إلى دليل.

٤ ـ براءة الذمة. الأصل صحة الفسخ إلا لدليل مانع.

ثالثًا: أمثلة

١، ٢ ـ الطلاق والعتق. وقد سبق بيانهما.

٣ ـ الخلع. لو قال أجنبي للزوج: اخلع زوجتك وأنا أرد عليك مهرك. فقبل الزوج؛ صح الخلع ولو لم تعلم الزوجة.

المسألة فيها أوجه: منها اعتبار رضاها مما يقتضي اعتبار علمها به. أما إذا لم يعتبر رضاها فلا يعتبر علمها به. ولكن هل يسمى خلعاً أم طلاقاً أم فسخاً؟

٤ ـ فسخ المعتقة تحت عبد. لو عتقت زوجةُ عبدٍ، ففسخت نكاحها صح الفسخ؛ لأن عتقها يجعل فسخ عقد النكاح بيدها ولا يعتبر رضاه، فإن فسخته ولم يعلم به صح فسخها للعقد.

٥ ـ فسخ المبيع أو الإجارة للعيب. من اشترى سيارة سليمة أو استأجرها ثم تبين أنها تخلط بين الزيت والماء، فيصح فسخه ولو لم يعلم البائع أو المؤجر؛ لعدم اعتبار رضاه في الفسخ، ولكن يجب أن يعلمه بعد الفسخ لئلا تترتب عليه مفاسد في حق البائع أو المؤجر.

٦ ـ فسخ المدلس. من اشترى ناقة مصراة صح له فسخ البيع ولو لم يرض به البائع، فيصح فسخه دون علمه، ولكن لا بد من إعلامه بعد الفسخ درءاً للمفسدة.

٧ ـ فسخ الخيار. من اشترىٰ سيارة علىٰ أن يكون له الخيار ثلاثة أيام ولم يقبضها، ففسخ العقد في اليوم الثاني دون علم البائع صح الفسخ؛ لأن الفسخ لا يتوقف علىٰ رضا البائع، ولكن لا بد وأن يعلمه قبل نهاية اليوم الثالث.

(وفسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر) العقود الجائزة كعقد العارية يجوز للمعير فسخ العقد دون رضا المستعير بشرط أن لا تترتب عليه مفسدة، فيصح فسخه دون علمه ولكن الضمان عليه ما دامت العين المعارة في قبضته.

وفسخها لا يفتقر إلىٰ حاكم إذا اتفق عليها الطرفان؛ وهو قول ابن تيمية.

❁ **المُلَخَّص: من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به.**

❑ ❑ ❑

القاعدة الرابعة والستون

من توقف نفوذ تصرفه أو سقوط الضمان أو الحنث عنه على الإذن فتصرف قبل العلم به ثم تبين أن الإذن كان موجوداً

- ما يغلب عليه حق الله تعالى
  - ما لا يتوقف على إذن الطرف الآخر
    - كالزنا والربا
    - لا اعتبار لإذنه
  - ما يتوقف عليه الإذن قبل التصرف
    - كمن علق الطلاق على الخروج بلا إذن فأذن لها بالخروج دون علمها فخرجت
    - له حكم تصرف المأذون
    - مع الإثم إذا لم يتوفر الاضطرار أو شدة الحاجة
- ما يغلب عليه حق بني آدم
  - عقود
    - توفرت فيه الأركان والواجبات والشروط الظاهرة في صحة العقد وتخلفت عنه الشروط الخفية
      - كإخفاء العيب والتدليس في البيع مع علم المشتري به
      - صح
      - مع الإثم
    - ما تخلف عنه ركن أو شرط ظاهر
      - كبيع الفضولي (مع الإذن المسبق وعدم علم الفضولي به)
      - صح
      - مع الإثم
  - غير عقود
    - كالغصب (مع الإذن المسبق وعدم علم الغاصب به)
    - صح تصرفه
    - مع الإثم

۞ المَتْن

القاعدة الرابعة والستون

من توقف نفوذ تصرفه أو سقوط الضمان أو الحنث عنه على الإذن فتصرَّف قبل العلم به ثم تبيَّن أن الإذن كان موجوداً ؛ هل يكون كتصرف المأذون له أو لا ؟ فيه وجهان.

ويتخرج عليهما صور.

منها: لو تصرف في مال غيره بعقد أو غيره ثم تبين أنه كان أذن له ؛ فهل يصح أم لا ؟ على وجهين.

۞ الشَّرْح

(**من توقف نفوذ تصرفه... على الإذن**) اشترى سيارة بشرط الخيار للطرفين مدة أسبوع، وقبل انتهاء المدة أذن البائع للمشتري بالتصرف بها إذا أراد، ولم يعلم المشتري بإذن البائع فباعها ؛ هل ينفذ بيعه أم لا ؟ فيه وجهان:

الوجه الأول: عدم الصحة.

الوجه الثاني: الصحة مع إجازة المالك.

(**أو سقوط الضمان**) من توقف سقوط الضمان عنه على الإذن. كمن غصب طعامًا، ثم أباح المالك للغاصب تملكه أو التصرف في الطعام، ثم أكله الغاصب غير عالم بإذن المالك ؛ هل يضمن قيمته أو مثله ؟ فيه وجهان:

الوجه الأول: لا يضمن.

الوجه الثاني: يضمن.

(أو الحنث عنه على الإذن) توقف سقوط الحنث عنه على الإذن. قال لزوجته: إن خرجت بغير إذن فأنت طالق. ثم أذن لها بالخروج ولم تعلم بإذنه ثم خرجت؛ فهل تطلق؟ فيه وجهان:

الوجه الأول: تطلق.

الوجه الثاني: لا تطلق.

(فتصرَّف قبل العلم به، ثم تبيَّن أن الإذن كان موجوداً؛ هل يكون كتصرف المأذون له أو لا؟) سبقت أمثلة كل نوع.

(فيه وجهان) سبق بيانها.

(ويتخرج عليهما صور: منها: لو تصرف في مال غيره بعقد أو غيره ثم تبين أنه كان أُذِن له؛ فهل يصح أم لا؟ على وجهين) كمن باع سيارة جاره أو وهب سيارة جاره لآخر أو أكل طعام غيره ثم تبين أنه قد أُذن له؛ فهل يصح أم لا يصح؟

وهذه المسألة تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: ما يغلب عليه حق الله تعالى.

وهو قسمان:

الأول: ما لا يتوقف على إذن الطرف الآخر سواء قبل التصرف أم بعده. كالزنا والربا فإنه يعاقب فاعله، ولا اعتبار لإذنه.

الثاني: ما ينفع فيه الإذن قبل التصرف. كمن قال لزوجته: إن خرجت بغير إذني فأنت طالق، ثم أذن لها ولم تعلم بإذنه فخرجت؛ فهو كتصرف المأذون مع الإثم إذا لم يتوفر الاضطرار أو شدة الحاجة.

۞ الأدِلَّة

١ ـ الإذن يصدر من الزوج وكذا الطلاق، سواء علمت بإذنه أم لم تعلم، فهي لم تخرج إلا بعد تحقق الإذن. وكلاهما متعلق بالزوج.

٢ ـ لا سيما والطلاق لا يتوقف على علمها به.

٣ ـ المشروط معلق بالشرط، فلما انتفى الشرط انتفى المشروط، إذ تعريف الشرط: يلزم من عدمه العدم، فعُدِم المشروط بانعدام الشرط. فخرجت بعد وجود الإذن وإن لم تعلم به، فلم يتحقق شرط الطلاق، فلم يتحقق المشروط وهو الطلاق.

٤ ـ يفرق بين الإثم وصحة وقوع العمل. كمن أكل ظانًا عدم غروب الشمس بالرغم من غروبها صح صيامه مع الإثم لنيته. فإن كان معذورًا ارتفع الإثم، وإن لم يكن معذورًا وقع الإثم.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «لو خاطر ووطئ من لا يظنها زوجته وكانت إياها لم يحد وإن أثم. وكذلك من شرب ما يعتقده خمرًا فلم يكنه لم يحد وإن كان آثمًا»[١].

فائدة: لا يلزم من خروجها الإثم، فقد تخرج لعذر أو لحرج وقع عليها فيرتفع الإثم لذلك.

القسم الثاني: ما يغلب عليه حق بني آدم.

وهو نوعان: عقود، وغير عقود.

(١) إقامة الدليل على إبطال التحليل (٣٣٩).

❋ **أولًا: العقود**. وهي قسمان:

الأول: ما توفرت فيه الأركان والشروط الظاهرة في صحة العقد، ولكن تخلفت عنه بعض الشروط الخفية كالعيب والتدليس وغيرها المتعلقة برضا العاقد الآخر. فهي متوقفة علىٰ إذن صاحب الحق، فإن أذن صحت العقود[1]، ولكن مع الإثم لنية التدليس وكتم العيب وقد قال النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوىٰ»[2].

من باع ناقة مصراة بعشرين شاة، فعلم المشتري بتدليس البائع فأمضىٰ البيع دون علم البائع، ثم باع البائع تلك الشياه قبل علمه بإمضاء بيع المصراة؛ هل يصح بيعه للشياه؟

الدليل

١ ـ حديث المصراة: قال ﷺ: «**لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر**»[3].

وجه الاستدلال: فهذا المشتري لم يقع منه الإذن إلا بعد تصرفه في العين، فعقد ولم يعلم بالتدليس فحلب وشرب فتصرف في لبنها قبل علمه بالتدليس بل قبل إذنه بإمضاء عقد التدليس، ومع ذلك صح تصرفه قبل إذنه، وصح عقده بعد إذنه؛ لأن الإذن يرجع إلىٰ صاحب الحق. فكيف إذا وقع الإذن قبل التصرف ولكن لم يعلم به.

---

(٢) انظر مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٢٨٥).

(٣) رواه البخاري (١).

(٤) رواه البخاري (٢١٤٨)، ومسلم (١٥٢٤).

٢ ـ حديث تلقي الجلب، قال ﷺ: «**لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه فاشترىٰ منه، فإذا أتىٰ سيده السوق فهو بالخيار**»[١].

وجه الاستدلال: عُقِد بتدليس، ولم يعلم الجالب بالتدليس، ولم يقع إذنه ورضاه بالتدليس، فصححه الشارع إذا أذن له ولو بعد تصرفه فيه. فكيف إذا عقد وقد وُجِد الإذن قبل تصرفه فيه ولكن لم يعلم؛ فالقول كالقول في سابقه.

٣ ـ الخطبة علىٰ خطبة أخيه. روىٰ البخاري أن النبي ﷺ «**نهىٰ أن يخطب الرجل علىٰ خطبة أخيه حتىٰ يترك الخاطب قبله أو يأذن له**»[٢].

فيقال فيه ما قيل في سابقه.

٤ ـ لما تصرف ولم يعلم بالإذن كان قد علم الله أن المالك أذن له فيه، فصح العقد وصحت المعاملة.

٥ ـ العفو. إذا غصب أحدهم من الآخر فتصرف فيه ثم عفا عنه مالكه وأذن له في تملكه صح تملكه وتصرفه؛ هذا بعد غصبه، فكيف إذا أذن له قبل تصرفه في المغصوب؟! فبدلالة الأولىٰ يصح.

٦ ـ الصلح، إذا عقد الصلح، فتنازل أحدهم عن الآخر بعد تصرفه فيه دون إذنه صح عقد الصلح، فبدلالة الأولىٰ إذا أذن له قبل تصرفه.

الثاني: ما تخلف عنه ركن البيع أو الشروط الظاهرة. كمن لم يتوفر في حقه الملك، فعقد علىٰ ما لا يملك ولم يوكل فيه؛ كبيع الفضولي[٣]، فهو ليس بعاقد،

---

(٢) رواه مسلم (١٥١٩).

(٣) رواه البخاري (٥١٤٢).

(١) كمن يأخذ سيارة وهي ملك شخص آخر فيبيعها دون إذنه، فلا يصح هذا البيع.

لم تتوفر فيه صفة العاقد ؛ فبطل الركن ، فبطل العقد .

لذا الأصح أنه لا يقع ، ولا اعتبار لتصرفه وإلا لساد الفساد وعم وطم بتصرفات الناس فيما لا يملكون رغبة في إجازة التصرف .

لكنه إذا أذن المالك للفضولي فيه ولم يعلم الفضولي بالإذن صح تصرفه ؛ لأن الإذن متحقق ، فكأنه وكله ولم يعلم الوكيل بالوكالة ، فتصرف الوكيل فيه دل علىٰ قبوله سواءً سميته إيجاباً أم قبولاً ، لأن الوكالة قد تحققت والإذن قد تحقق ؛ ولكن مع الإثم .

والأدلة علىٰ صحته سبق ذكرها في حقوق الله تعالىٰ . فإذا صحت في حقوق الله تعالىٰ صحت في حقوق المخلوقين بالإذن كما في الأدلة المذكورة في الشروط الخفية .

❊ ثانيًا: غير العقود

كمن غصب طعامًا فأكله ظاناً عدم الإذن مع وقوع الإذن المسبق ولكنه لم يعلم به . فهذه يفرق فيها بين الإثم والضمان:

أ ـ فهو آثم لغصبه وآثم لتناوله من جهتين: من جهة معصيته لله تعالىٰ ومن جهة حق المخلوق ، فإذا تجاوز المالك عن غصبه لطعامه سقط حق المخلوق من إثم وضمان وبقي حق الله تعالىٰ .

ب ـ الضمان: فهو قد تجاوز عن الطعام ، وأذن في تناوله فلا ضمان على المتجاوز .

الدليل:

١ ـ لأنه لو تجاوز عن الضمان بعد تناوله سقط الضمان ، فكيف إذا تجاوز عنه

قبل تناول الطعام؟!

٢ ـ دلالة الأولىٰ. إذا جاز في العقود، فجوازه في غير العقود أولىٰ كبيع المصراة وتلقي الجلب.

٣ ـ لم يقع الطعام في فم الغاصب إلا بعد أن أباح المغصوب تناول الطعام سواءً علم أم لم يعلم.

إذن من حيث الضمان لا ضمان عليه؛ لأن الإذن متحقق، وأما الإثم فهو واقع؛ لأن نيته الغصب، فلذا يعاقب علىٰ نيته، فالإنسان إذا نوىٰ فعل معصية وذهب لفعلها وأغلق الطريق أمامه أثم، كما قال النبي ﷺ: «**ورجل آتاه الله مالًا ولم يؤته علمًا؛ فهو يخبط فيه ينفقه في غير حقه، ورجل لم يؤته الله مالاً ولا علمًا فهو يقول: لو كان لي مال مثل هذا عملت فيه مثل الذي يعمل**»، فقال رسول الله ﷺ: «**فهما في الوزر سواء**»(١)، نيته سيئة فيأثم علىٰ نيته، فكذا هنا يأثم علىٰ نيته ولكن لا ضمان لأن الإذن قد تحقق له.

❁ **المُلَخَّص: من توقف نفوذ تصرفه أو الحنث أو سقوط الضمان عنه علىٰ الإذن فتصرف قبل العلم به ثم تبين أن الإذن كان موجوداً صح مع الإثم ما لم يكن معذوراً.**

❑ ❑ ❑

(١) رواه أحمد (٢/٢٣٠)، والترمذي (٢٣٢٥)، وابن ماجه (٤٢٢٨)؛ وصححه الترمذي والألباني.

القاعدة الخامسة والستون

من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه

- يغلب عليه حق الله تعالى
  - كمن طلق أجنبية فتبين أنها زوجته
  - لا يصح طلاقها
- يغلب عليه حق العبد
  - توفرت فيه الشروط والأركان والواجبات وانتفت الموانع وعلة المنع فوافقت مراد الشرع
    - (١) تصرف بصفته وكيلاً عن الذي لم يأذن له
      - باع سيارة أبيه المتوفى مدعياً أنه وكيل أبيه، ولم يعلم بوفاته
      - لم يصح
    - (٢) تصرف بصفته وكيلاً عن المالك ولم يُعَيِّن المالك
      - باع سيارة أبيه المتوفى مدعياً أنه وكيل المالك (ولم يعين المالك) ولم يعلم بوفاة أبيه
      - صح
    - (٣) تصرف بصفته ملكاً له؛ وهو يظن أنه كاذب أو أنه غير متحقق
      - باع سيارة أبيه مدعياً أنها سيارته ولم يعلم بوفاة أبيه
      - لو علم لما فعله
        - لم يصح
        - مع الإثم
      - لو علم لفعله
        - صح
        - مع الإثم

❁ المَتْن

القاعدة الخامسة والستون

وهي من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه، وفيها الخلاف أيضًا.

❁ الشَّرْح

(**وهي من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه، فتبين أنه كان يملكه**) كمن باع ملك أبيه بغير إذنه ثم تبين أن أباه كان قد مات ولا وارث له سواه.

مثال آخر: وهب سيارة أبيه لشخص دون إذن من أبيه ثم تبين أن أباه قد توفي منذ شهر؛ فهل هبته صحيحة أم لا؟ فيه خلاف.

(**وفيه الخلاف أيضًا**) لابد وأن ينظر إلى عدة أمور:

١ ـ توفر الأركان والشروط والواجبات وانتفاء الموانع، إذ لا يصح العمل إلا بها.

٢ ـ معرفة النية والمقصد؛ إذ الأمور بمقاصدها.

٣ ـ هل يغلب عليه حق الله تعالى أم حق العباد؟ إذ حق العباد يرجع فيه إليهم.

٤ ـ مدى توفر العلة؛ إذ الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً.

فإذا انتفى ركن من أركان العقد أو شرط من شروطه أو واجب من واجباته أو وجد مانع لم يصح. أما حق الله تعالى فإنه يؤاخذ به، وأما حق العبد فإذا توفرت الشروط والأركان والواجبات وانتفاء الموانع ووافقت مراد الشرع وانتفت علة المنع وتوفرت العلة صح؛ وإلا لم يصح.

والذي يتبين من خلال صور المسألة:

الصورة الأولىٰ: لو باع ملك أبيه بغير إذنه ثم تبين أن أباه كان قد مات ولا وارث له سواه. فهو إما باعها بصفته وكيلاً عن أبيه أو بصفته مالكاً له.

* **أولًا**: أما إن باع السيارة علىٰ أن مالكها والده بصفته وكيلًا عن والده دون إذنه، لا بصفته مالكًا لها. فباعها علىٰ أن المعقود عنه والده بينما المعقود عنه لا يملك السيارة لوفاته فلم يتوفر أحد شروط البيع وهو ملك المعقود عنه للمبيع؛ للسيارة، إذ المعقود عنه لا يملك شيئًا لوفاته؛ فلا يصح البيع «مع إثمه»[1].

* **ثانياً**: إذا باعها بصفته وكيلاً عن المالك ولم يعين المالك؛ صح لأنه هو المالك.

* **ثالثاً**: أما إذا باعه بصفته مالكاً له وهو يظن في نفسه أنه كاذب فإنه يؤاخذ بما ظنه في نفسه فيؤثم. أما صحة البيع فقد توفرت الشروط والأركان ولكن بقيت إرادته؛ فإن رضي به صح لأن حقوق العباد مرجعها إلىٰ العباد إذ العلة خشية الشقاق والخلاف والعداوة والبغضاء؛ وقد انتفت. وتفصيله:

أ ـ إن باعها بقصد مضرة من يظنه مالكًا لم يصح:

١ ـ فالضرر يزال.

٢ ـ لا ضرر ولا ضرار.

٣ ـ ويقتضي عدم رضا البائع لو كان يعلم بملكه لها، فلا يصح البيع.

ب ـ وإن باعها بقصد المصلحة، فهذا يقتضي رضا البائع؛ فيصح ولكن بشرط إذنه بعد علمه بملكه لها كبيع المصراة، وتلقي الجلب. والضمان علىٰ البائع لو تلفت السلعة.

(١) انظر إقامة الدليل (٣٣٩ ـ ٣٤١).

الصورة الثانية: لو طلق امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته؛ ففي وقوع الطلاق روايتان.

❊ **أولًا:** توضيحها: إذا قال: هذه طالق؛ وأشار إليها، وهو متيقن أنها ليست زوجته، بينما هي زوجته. فكأنه قال: هذه الأجنبية طالق إذ قصد طلاق الأجنبية وقد قال النبي ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات**»[١]. فقصد طلاق من ليست زوجته ليس بشيء إذ الأمور بمقاصدها، إذ قصد حل عقد النكاح بينه وبين أجنبية لا يملك عقدها.

❊ **ثانيًا:** الحكم: لا يصح الطلاق. قال الشيخ ابن عثيمين: والذي يظهر أن الطلاق لا يقع في هذه الحالة، لأنه لو علم أنها امرأته لم يطلقها[٢].

الصورة الثالثة: لو أبرأه من مائة درهم معتقدًا أنه لا شيء عليه، ثم تبين أنه كان له في ذمته مائة درهم، وفيها الوجهان.

❊ **أولًا:** توضيحها: قال: أبرأتك من مائة درهم التي أنا أطالبك إياها، وهو متيقن أنه لا يطلبه شيئًا. كأنه قال له: أنا أبرأتك من مائة درهم التي ليست في ذمتك لي. فأبرأه من المال الذي ليس في ذمة الآخر ولم يقصد المال الذي له في ذمة الآخر إذ لم يبرئه منه.

❊ **ثانيًا:** مما يوضحه.

١ ـ إما أبرأه هزلًا: تصرف الهازل في الإبراء لا اعتبار له إذ الأمور بمقاصدها والأعمال بالنيات.

---

(٢) رواه البخاري (١).

(١) التعليق على قواعد ابن رجب (٥٢٣/١).

٢ ـ أو أبرأه محرجًا مضطرًا حياءً: فلا اعتبار للمضطر فله حكم المكره.

٣ ـ أو أبرأه كرمًا وجودًا ومروءة: يتوقف على إذنه بعد علمه بصحة ملكه مائة درهم في ذمة الآخر إذ هو حق له.

الصورة الرابعة: لو أمره غيره بإعتاق عبد يظن أنه للآمر، فتبين أنه عبده.

توضيحها: قال لصديقه: قد وكلتك في عتق عبيدي، فأعتِق هذا العبد إذا رجع من السوق؛ وهذا العبد يملكه الوكيل وهو لا يعلم ولا يملكه الآمر بالعتق. فلما رجع من السوق قال الوكيل للعبد: أنت حر. فتبين أن العبد عبده! فكأنه قال للعبد: قد حررتك من ملك فلانٍ لك، وحللت العقد الذي بينك وبين فلان؛ فأعتقه بصفته وكيلاً عن الآمر، بينما الآمر لا يملكه ولا عقد له معه، فلم يتغير شيء في حق العبد، فمازال مملوكاً للوكيل وقد قال النبي ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات»(١).

۞ المُلَخَّص: من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه لا يصح تصرفه إلا إذا تصرف في حق شخص بصفته وكيلاً ولم يعين المالك أو بصفته مالكاً ولو علم بملكه له لفعله.

❑ ❑ ❑

---

(١) رواه البخاري (١).

القاعدة السادسة والستون

لو تصرف مستنداً إلى سبب ثم تبين خطؤه فيه وأن السبب المعتمد غيره وهو موجود

السبب المعتمد من جنس السبب المستند

تطهر من حدث يظنه ريحاً ثم تبين أنه نوم

صح التصرف

السبب المعتمد ليس من جنس المستند

اشترى سيارة أخيه المتوفى ولم يعلم بوفاته وهو الوارث الوحيد ثم وهبها لجاره، ثم علم بوفاة أخيه وأن الشراء فاسد؛ صحت هبته.

صح التصرف

اختلس منه شاة ثم وهبها إياه دون علم الطرف الآخر، فذبحها وأكلها، ثم أخبره أنها شاته؛ فالضمان على المختلس

يضمن المتعدي

۞ المَتْن

القاعدة السادسة والستون

لو تصرف مستندًا إلىٰ سبب، ثم تبين خطؤه فيه وأن السبب المعتمد غيره وهو موجود؛ فهو نوعان:

أحدهما: أن يكون الاستناد إلىٰ ما ظنه صحيحًا أيضًا، فالتصرف صحيح. مثل: أن يتطهر من حدث يظنه ريحًا ثم تبين أنه نوم، أو يستدل علىٰ القبلة بنجم يظنه الجدي ثم تبين أنه نجم آخر مسامته.

والثاني: أن لا يكون ما ظنه مستندًا صحيحًا. مثل: أن يشتري شيئًا ويتصرف فيه، ثم يتبين أن الشراء كان فاسدًا وأنه ورث تلك العين.

۞ الشَّرح

(**لو تصرف مستندًا إلىٰ سبب، ثم تبين خطؤه فيه وأن السبب المعتمد غيره**) كما لو تطهر من حدث يظنه ريحًا، وبعد الوضوء تذكر أن الحدث ليس ريحًا وإنما كان من نوم.

(**وأن السبب المعتمد غيره وهو موجود**) لو تصرف بناءً علىٰ السبب المعتمد الموجود لصح تصرفه. فالحدث موجود، ولكن السبب غير الذي اعتمده؛ فهل هذا الوضوء صحيح؟

(**فهو نوعان: أحدهما: أن يكون الاستناد إلىٰ ما ظنه صحيحًا أيضًا**) وهو أن يتطهر من حدث يظنه ريحًا ثم تبين أنه نوم إذ نسي أنه نام، وكلاهما حدث مبطل للوضوء.

(**فالتصرف صحيح مثل أن يتطهر من حدث يظنه ريحاً ثم تبين أنه نوم**) فوضوؤه صحيح:

١ ـ لوجود سبب الوضوء وهو الحدث وإن لم يكن نوع الحدث ما ظنه.

٢ ـ حتىٰ لو لم يقع السبب المظنون، ووقع بدلًا منه حدثًا آخر من جنسه فإنه يوجب الوضوء.

٣ ـ لأن هذه الأحداث متحدة الجنس، وموجبها واحد، فساغت نيابة الواحد منها عن غيره[١].

٤ ـ ولأن كليهما يقتضيان مسببًا واحدًا، حكمًا واحدًا، فكلاهما ينقض الوضوء، ويتحقق به الحدث الأصغر، وكلاهما يوجب الوضوء لرفع الحدث.

٥ ـ لأنه نوىٰ رفع الحدث فكانت طهارة شرعية، فإذا توضأ ارتفع الحدث سواءً كان سببه الريح أم النوم، سواءً وجدت الريح أم لم توجد، ولا يلزم لرفع الحدث معرفة ما هو سبب انتقاض الوضوء، فكان طهارة شرعية[٢].

٦ ـ قال النبي ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوىٰ**»[٣]. ومن المعلوم أن الإنسان لا ينوي وقوع الحدث وإنما ينوي رفع الحدث، أي رفع الحدث الأصغر، فلا ينوي رفع الريح أو البول أو الغائط إنما نوىٰ رفع الحدث الذي تصح به الصلاة.

وهو قول المالكية[٤]، وجه للشافعية[٥]، وعليه المذهب عند الحنابلة[٦].

---

(٢) مواهب الجليل (١/٢٣٦)، التاج والإكليل (١/٢٣٦).

(٣) انظر المغني (١/٢٩٢).

(٤) رواه البخاري (١) ومسلم (١٩٠٧).

(٥) حاشية الدسوقي (١/٩٤)، مواهب الجليل (١/٢٣٦).

(٦) المجموع للنووي (١/٣٢٦).

(٧) المغني (١/٢٩٢)، المبدع (١/١١٩)، الإنصاف (١/١٤٩)، التداخل بين الأحكام لخالد الخشلان (١/١٨٤ ـ ١٨٧).

٧ ـ وجوب استحضار سبب الحدث يحتاج إلىٰ دليل، وإنما المطلوب الطهارة وهو رفع الحدث، سواءً كان ذاكرًا سبب الحدث أم لم يكن ذاكرًا له أو ظنه غيره.

٨ ـ لم يكن معروفًا عند السلف استحضار سبب الحدث.

٩ ـ وجوب استحضار سبب الحدث عند الوضوء فيه حرج ومشقة، وقد جاءت الشريعة برفع الحرج، قال تعالىٰ: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[١]،[٢].

١٠ ـ لزوم استحضار سبب الحدث يؤدي إلىٰ الوسوسة وهي سبيل الشيطان.

١١ ـ رفع الحدث لا يتجزأ، فإذا ارتفع ارتفع كله.

(أو يستدل علىٰ القبلة بنجم يظنه الجدي، ثم تبين أنه نجم آخر مسامته) مثل أن يستدل علىٰ القبلة بنجم يظنه الجدي فصلىٰ، ثم تبين له أنه نجم آخر ليس الجدي ولكنه مسامت لنجم الجدي؛ فبوجود النجم الآخر يوجد نجم الجدي. فدلالة النجم الآخر علىٰ القبلة كدلالة الجدي.

(فالتصرف صحيح) وقبلته صحيحة.

١ ـ لأن الجدي موجود مسامت للنجم الآخر.

٢ ـ ولأن كليهما يدلان علىٰ القبلة. فقبلته صحيحة سواءً استدل بها بالجدي أم بنجم آخر، سواءً كان الجدي موجودًا أم غير موجود ما دامت القبلة صحيحة.

٣ ـ فالمطلوب ليس عين الوسيلة الدالة علىٰ القبلة، إنما المطلوب وجود القبلة في الجهة التي اعتمدها؛ وهي موجودة سواءً وجد الجدي أم لم يوجد.

---

(٢) [الحج: ٧٨].

(١) التداخل بين الأحكام (١/١٨٨).

٤ ـ وجوب الاستدلال بالجدي أو بغيره يحتاج إلىٰ دليل، والدليل ورد علىٰ الاتجاه إلىٰ القبلة سواء بالجدي أم بغيره.

٥ ـ لم يكن معروفًا عند السلف وجوب وجود وسيلة الاستدلال، إنما الواجب صحة المدلول، وهي القبلة وقد صحت.

٦ ـ القبلة لا تتجزأ على قدر أدلتها، فإذا صحت صحت سواءً بهذا الدليل أم بذاك.

٧ ـ قال النبي ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوىٰ**»[1]: فمن نوىٰ استقبال القبلة ومضىٰ في ذلك ووافق قبلته صحت صلاته.

٨ ـ دلالة الأولىٰ: إذا نوىٰ استقبال القبلة واجتهد في ذلك وأخطأ اجتهاده صحت صلاته، فكيف إذا اجتهد وصح اجتهاده.

(**والثاني: أن لا يكون ما ظنه مستندًا صحيحًا**) أي ما ظنه مستندًا لم يكن مستندًا صحيحًا.

(**مثل: أن يشتري شيئًا، ويتصرف فيه**) كأن يشتري سيارة أخيه ويهبها لآخر.

(**ثم يتبين أن الشراء كان فاسدًا، وأنه ورث تلك العين**) بعد أن وهبها لآخر تبين له أن أخاه قد توفي قبل شرائه سيارته وأنه الوارث الوحيد لأخيه أي أنه كان مالكًا للسيارة قبل شرائها؛ فهل هبته صحيحة؟ قال الحافظ ابن رجب: المذهب ها هنا الصحة بلا ريب؛ أي تصرفه صحيح عندما وهب صاحبه السيارة، وأما المال الذي دفعه في الشراء فيرجع إليه.

الدليل

١ ـ دلالة الأولىٰ: إذا صح التصرف في النوع الأول لكونه وافق المقصد فهنا

(١) رواه البخاري (١).

يصح بدلالة الأولىٰ.

٢ ـ لأنه مالك للشيء سواء بالشراء أم بالإرث. لأنه استند إلىٰ سبب مسوِّغ وهو الملك بالشراء، وكان في نفس الأمر له مسوغ غيره وهو الملك بالإرث. فاستند التصرف إلىٰ مسوغ في الباطن وهو الملك بالإرث، والظاهر وهو الملك بالشراء.

٣ ـ لو كان لشخص مؤسسة فاشترىٰ من هذه المؤسسة لنفسه ألا يصح شراؤه؟ فهنا اشترىٰ من نفسه لنفسه وقد توفرت ضوابط الشراء مع المقصد.

٤ ـ ولأنه تصرف في شيء متيقن أنه يملكه، وهو يملكه في حقيقة الأمر، والوسيلة التي سلكها للتملك غير محرمة.

٥ ـ حديث هند بنت عتبة حين أذن لها النبي ﷺ بأخذ المال من أبي سفيان رضي الله عنه دون إذنه وإنفاقه[١] فيما وجب علىٰ أبي سفيان إنفاقه فيه؛ صحت النفقة.

فالمال مال أبي سفيان، والنفقة في موضعها ولكنها دون إذنه، والوسيلة لم يعلم بها، ولو علم بها لم يرض بها. فكيف إذا رضي بالوسيلة؟

ففي المسألة المذكورة المال ماله، وهبته في موضعها، وبإذنه، والوسيلة في تملكه لها صحيحة، وهو يعلم أنه تملكها تملكاً صحيحاً؛ ولا يضر علمه بنوع وسيلة تملكه إياها.

ملاحظة

قيدها بعضهم بأنه لابد وأن لا يكون فيها نوع من التحايل في حقه. فإذا تحايل رجل عليه فحينئذ هذه مسألة أخرىٰ، مثلًا لو غصبك إنسان شاة، وبعد شهر

(١) رواه البخاري (٥٣٦٤).

وهبك هذه الشاة وأنت لا تعرف أن شاتك مسروقة، وتظن أنها هبة من عنده وأنه قد تكرم عليك، فأخذتها فذبحتها أو تصدقت بها، وبعد ذلك أتاك وقال لك: هذه الشاة هي شاتك، وقد سرقتها منك؛ فهل يصح تصرفك أم لا؟ بعضهم قال: الغاصب هو الضامن وعليه شاة أخرىٰ، لأن صاحب الشاة لو علم بأنها شاته لم يتصدق بها أو لم يذبحها مثلًا، ولذا قيل: إن كان فيه نوع من التحايل فلها حكم آخر، فالغاصب ضامن إلا إذا عفا صاحب الشاة وأذن له بتملكها، وهذه ذكرت سابقًا.

والإمام أحمد وجه المسألة توجيهاً جميلاً في الغاصب الذي غصبه وهو لا يعلم، فقال: لأن فيه نوعاً من التفضل عليك ولم يتفضل عليك بل غصبك فتكون فيه منة الهبة، فكأنه منَّ عليك وربما كافأته، وإنما هو تعدىٰ عليك؛ فلا بد من الضمان.

ويقال في هذه القاعدة ما يقال في سابقتها من الضوابط بأنها تصح بضوابط:

١ ـ توفر الأركان والشروط والواجبات وانتفاء الموانع.

٢ ـ توفر النية والمقصد.

٣ ـ هل يغلب عليه حق الله تعالىٰ أم حق العباد.

٤ ـ مدىٰ توفر العلة.

۞ المُلَخَّص: لو تصرف مستنداً إلىٰ سبب ثم تبين خطؤه فيه وأن السبب المعتمد غيره وهو موجود صح التصرف ويضمن المتعدي.

❑ ❑ ❑

۞ المَتْن

القاعدة السابعة والستون

من استحق الرجوع بعين أو دين بفسخ أو غيره وكان قد رجع إليه ذلك الحق بهبة أو إبراء ممن يستحق عليه الرجوع ؛ فهل يستحق الرجوع عليه ببدله أم لا ؟ في المسألة وجهان ، ولها صور:

منها: لو باع عينًا ثم وهب ثمنها للمشتري أو أبرأه منه ، ثم بان بها عيب يوجب الرد.

ومنها: لو تقايلا في العين بعد هبة ثمنها أو الإبراء منه.

ومنها: لو أصدق زوجته عينًا فوهبتها منه ، ثم طلقها قبل الدخول.

۞ الشَّرح

(من استحق الرجوع بعين أو دين بفسخ أو غيره وكان قد رجع إليه ذلك الحق بهبة) كمن باع سيارة بـ(١٠٠٠ د. ك) ، ثم وهب ثمنها للمشتري ، فأصبح في قبضة المشتري السيارة وثمنها ، ثم تبين للمشتري أن فيها عيباً يستحق فسخها والرجوع بماله (١٠٠٠ د. ك) ، ففسخ العقد وأرجع السيارة إلىٰ البائع ؛ هل للمشتري أن يطالبه بثمنها ؟ فيجمع المشتري بين ثمن الفسخ وهبة البائع له ؟

(أو إبراء ممن يستحق عليه الرجوع ؛ فهل يستحق الرجوع عليه ببدله أم لا ؟) أو أبرأه البائع من ثمنها قبل أن يتبين عيبها ، ثم تبين عيبها وفسخه المشتري ؛ فهل للمشتري أن يطالبه بثمنها بعد أن حصل علىٰ الثمن بالهبة ؟ فيجمع بين الهبة والثمن ؟

(في المسألة وجهان)

الأول: يرجع البائع بالثمن.

الثاني: لا يرجع بالثمن.

الراجح أنه لا يرجع إليه بشيء، كما رجحه القاضي أبو يعلىٰ، والله أعلم.

۞ الأدِلَّة

١ ـ لا بد من اعتبار قرائن الأحوال في الأحكام الشرعية، فلا تعتبر هذه هبة منفصلة عن عقد البيع، بل مرتبطة به.

٢ ـ وهبه البائع المال بصفته ثمنًا للمبيع، فإذا رد المبيع انتقض العقد فانتقضت الهبة؛ لأن الهبة متعلقة وقائمة علىٰ عقد البيع.

٣ ـ وهبه الثمن بعد عقد البيع فهو عقد مترتب علىٰ عقد البيع، فإذا فسخ عقد البيع فسخ ما ترتب عليه وهو عقد الهبة، ففسخ عقد الهبة.

٤ ـ تتغير الأحكام بتغير الأحوال والأعراف والمقاصد والمصالح والمفاسد. فحالة الهبة بلا عقد تختلف عن الهبة بعد العقد، وتختلف عن الهبة بعد بطلان العقد، فلكل منها حكم؛ فعندما سأل شيخ ابن عباس رضي الله عنهما: أيباشر الصائم؟ قال: نعم. ثم أتىٰ شاب فسأله: أيباشر الصائم؟ فقال: لا. فسُئِل ابن عباس عن الإجابة المختلفة لسؤال واحد؟ فقال: الأول شيخ كبير يملك إربه، والآخر شاب لا يملك إربه.

والشيخ ابن باز ـ رحمه الله ـ سأله أُناس من أهل مصر: أنشارك في المجلس النيابي؟ فقال: لا. وأتاه آخرون بعد ذلك بسنوات فسألوه: أنشارك في المجلس النيابي؟ فأجاب: نعم. فالجواب يختلف باختلاف الأحوال والمصالح والمفاسد وهكذا،

فلا بد من معرفة القرائن والأحوال قبل إصدار الحكم.

فلا يقال في الصورة المذكورة بأنها هبة من إنسان وهبني إياها، فهذه الهبة ليست منفصلة عن عقد البيع، فحالة الهبة بلا عقد تختلف عن الهبة بعد العقد، وتختلف عن الهبة بعد بطلان العقد.

٥ ـ حديث ابن اللُّتْبِيَّة. لما جمع الزكاة وهبه الناس مالًا، فقال للنبي ﷺ: هذا لكم، وهذا أهدي لي. لكن النبي ﷺ جعل تلك الهبة مترتبة على الزكاة ومتعلقة بها، فجعل لها حكم الزكاة، وضمها إلى بيت المال فقال ﷺ: «**هلا جلس في بيت أبيه وأمه فينظر أيهدى له أم لا؟**»(١).

ويقال هنا: لو لم يكن ثمة بيع فهل يهبه هذا المال؟ ففي حديث الزكاة لم يهدوه إلا لأنه جامع للزكاة، فهذا مبني على هذا. وهنا الهبة كذلك مبنية على عقد البيع؛ فلا يقال: هذه هبة منفصلة عن عقد البيع.

٦ ـ ينافي المروءة. مطالبة المشتري بثمنها بعد ردها وقد قبض الثمن هبة مما ينافي المروءة ويعد من سوء الخلق ونكران الجميل، وهذا مما يتنافى مع مقاصد الشريعة وقد قال الله تعالى: ﴿هَلۡ جَزَآءُ ٱلۡإِحۡسَٰنِ إِلَّا ٱلۡإِحۡسَٰنُ﴾(٢).

٧ ـ ذريعة لترك الإحسان. إذ لو طالبت الشريعة البائع برد الثمن إلى المشتري إضافة إلى الهبة لكان ذريعة لترك الإحسان وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾(٣) وقال سبحانه: ﴿مَا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾(٤).

(٢) رواه البخاري (٧١٤٧).

(٣) [الرحمن: ٦٠].

(٤) [النحل: ٩٠].

(١) [التوبة: ٩١].

فالواهب قد أحسن إلىٰ المشتري قبل تبين العيب، فمطالبة المشتري بثمنها بعد ردها توغر صدر المحسن إليه مما يؤدي إلىٰ إعراض الناس عن الإحسان إلىٰ الآخرين.

٨ ـ إثارة الشحناء بين الإخوان. هذه المطالبة توغل صدر المحسن علىٰ المحسن إليه مما يؤدي إلىٰ القطيعة بعد أن توثقت العلاقة بينهما بالهبة أو الإبراء.

٩ ـ الصورة النهائية للحالة هي استلام المشتري للسلعة والثمن ثم رد السلعة إلىٰ البائع بمثابة إقالة للبيع مع هبة السلعة للمشتري، لأن هبة ثمن السلعة للمشتري هو رد للمال له مع هبة المبيع له. فلو طالب بالأرش لا حق له، كمن منحه سيارة معيبة فله ردها أو قبولها.

(ولها صور: منها: لو باع عينًا ثم وهب ثمنها للمشتري) كما ذُكر؛ هبة الثمن.

(أو أبرأه منه) وهي كالصورة السابقة إلا أنه لم يستلم منه الثمن، إنما أبرأه منه وأسقطه، فهو هبة المثمن، هبة العين للمشتري ثم ردت العين إلى بائعها. فالصورة النهائية بمثابة إقالة بعد الافتراق أو إبطال العقد إذا كان في مجلس العقد.

(ومنها: لو تقايلا في العين بعد هبة ثمنها أو الإبراء منه) الإقالة هو فسخ العقد بلا عيب يستحق الرد، فيرجع المبيع للبائع، والثمن للمشتري.

اشترىٰ سيارة بـ(١٠٠٠ د. ك)، ثم وهب البائع المشتري الـ(١٠٠٠ د. ك) المقبوض، فأصبح المشتري يملك السيارة والـ(١٠٠٠ د. ك)، ثم فسخا البيع برضاهما بلا عيب، فرجعت السيارة إلىٰ البائع واستحق المشتري ثمنها (١٠٠٠ د. ك).

فهل يطالب المشتري البائع بـ(١٠٠٠ د. ك) غير الذي استلمه هبة؟ مدعيًا أن

(١٠٠٠ د. ك) التي في حوزته هي هبة من الثاني وليست ثمن السيارة الذي دفعه.

الراجح والله أعلم ما سبق بيانه.

مثال آخر: نفس المثال السابق لكن عمرًا أبرأ زيداً من الثمن ولم يأخذ منه شيئًا وأعطاه السيارة، فلو قال زيد لعمرو: أقلني. فأقاله، وسلم السيارة للبائع؛ فليس للمشتري ألفاً أخرى، وإنما يكتفي بالألف التي وهبت له.

(ومنها: لو أصدق زوجته عينًا فوهبتها منه، ثم طلقها قبل الدخول) تزوج امرأة فأصدقها ثم طلقها قبل الدخول عليها استحق الرجوع بنصف المهر لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾(١).

تزوج من امرأة ثم أصدقها (٥٠٠٠ دينار) فوهبتها له، ثم طلقها قبل الدخول بعد قبضه الـ(٥٠٠٠ دينار) هبة منها له، هل له أن يطالبها بـ(٢٥٠٠ دينار) نصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول؟

الراجح والله أعلم: لا يستحق؛ لما سبق ذكره من الأدلة.

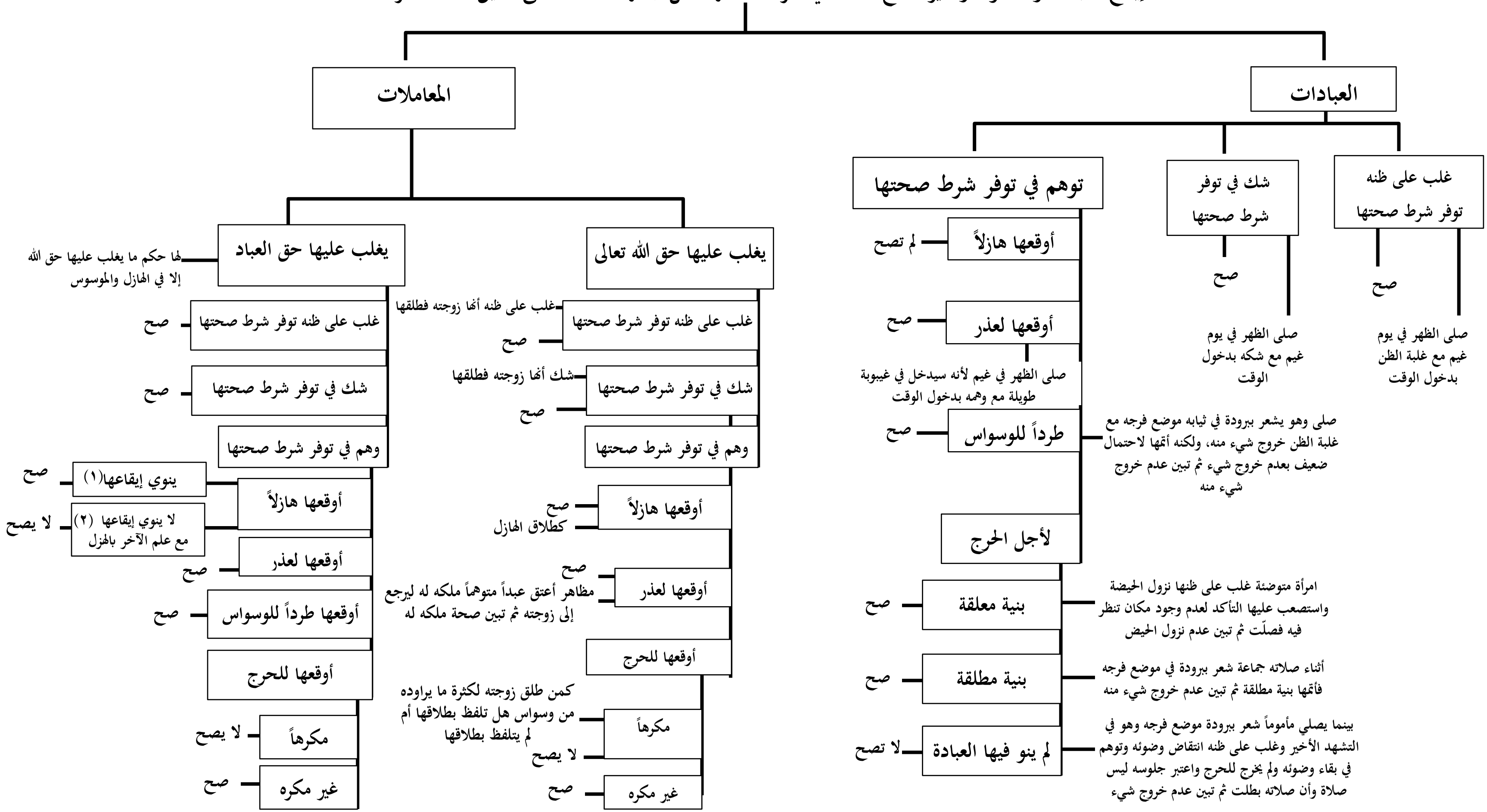
۞ المُلَخَّص: من استحق الرجوع بعين أو دين بفسخ أو غيره وكان قد رجع إليه ذلك الحق بهبة أو إبراء ممن يستحق عليه الرجوع فإنه لا يرجع عليه ببدله.

❑ ❑ ❑

(١) [البقرة: ٢٣٧].

القاعدة الثامنة والستون

إيقاع العبادة أو العقود أو غيرهما مع الشك في شرط صحتها؛ هل يجعلها كالمعلقة على تحقيق ذلك الشرط؟



۞ المَتْن

القاعدة الثامنة والستون

إيقاع العبادات أو العقود أو غيرهما مع الشك في شرط صحتها؛ هل يجعلها كالمعلقة على تحقيق ذلك الشرط أم لا؟ هي نوعان:

أحدهما: ما يشترط فيه النية الجازمة، فلا يصح إيقاعه بهذا التردد ما لم يكن الشك ظنًا يكفي مثله في إيقاع العبادة أو العقد؛ كغلبة الظن بدخول الوقت وطهارة الماء والثوب ونحو ذلك. ومن أمثلة ذلك ما إذا صلى يظن نفسه محدثًا فتبيَّن متطهرًا.

والنوع الثاني: ما لا يحتاج إلى نية جازمة، فالصحيح: فيه الصحة. ومن أمثلته إذا نكحت امرأة المفقود قبل أن يجوز لها النكاح ثم تبين أنه كان جائزًا؛ ففي الصحة وجهان.

۞ الشَّرْح

(**إيقاع العبادات أو العقود أو غيرهما مع الشك في شرط صحتها**) أوقع عبادة أو عقدًا وهو شاك في توفر أحد شروط صحتها، هل يجعل صحة وقوعها معلقة على تحقيق وتوفر ذلك الشرط أم لا؟

هذه المسألة تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: في إيقاع العبادات مع الشك في توفر شرط صحتها.

دخول وقت الظهر سبب لوجوب صلاة الظهر وهو شرط في صحة صلاة الظهر. ففي يوم غيم شك رجل في دخول وقت الظهر، فهل يجوز له أن يصلي بنية

معلقة: فينويها فرض الظهر إن دخل الوقت وإلا فهي نفل ؟

شك في دخول رمضان ؛ فهل يجوز أن ينوي نية معلقة: إن كان غدًا من رمضان فهو فرض وإلا فهو نفل ؟

القسم الثاني: في إيقاع العقود مع الشك في توفر شرط صحتها.

وكَّله في شراء سيارة فاشتراها له، ثم جحد الموكل الوكالة، فأراد الوكيل أن يشتريها منه. فقال الموكل: إن كنت أذنت لك في شرائها فقد بعتكها ؛ هل يصح ؟

(هل يجعلها كالمعلقة علىٰ تحقيق ذلك الشرط أم لا ؟) هل يجعل نيته معلقة:

١ ـ إن كان ذاك الشرط متوفرًا فالعبادة هي كذا، أو المعاملة هي كذا.

٢ ـ إن كان ذاك الشرط غير متوفر فالعبادة نفلًا، أو المعاملة كذا.

ينبغي معرفة بعض المسائل للوصول إلىٰ الجواب الصحيح.

❋ أولاً: أدلة جواز فعل العبادة بنية معلقة

١ ـ قال النبي ﷺ لضباعة بنت الزبير التي أرادت الحج وخشيت من بعض الموانع: قال ﷺ: «**حجي واشترطي، وقولي: اللهم محلي حيث حبستني**»(١).

وجه الاستدلال: أن للعبد أن يشترط علىٰ ربه في العبادة. فلو نوىٰ: إني صائم رمضان إن دخل الشهر، وإلا فهو نفل ؛ فإن الله يعلم هل غدًا رمضان أم لا، وكذا سائر العبادات.

٢ ـ نية علي رضي الله عنه في الحج إذ قال: اللهم إني أهل بما أهل به رسولك. فسأله

(٢) رواه البخاري (٥٠٨٩)، ومسلم (١٢٠٧).

النبي ﷺ: «**ماذا قلت حين فرضت الحج؟**» قال قلت: اللهم إني أهل بما أهل به رسولك. قال: «**فإن معي الهدي فلا تحل**»(١).

وجه الاستدلال: جعل علي رضي الله عنه نيته معلقة بعلم الله تعالىٰ مع إمكانه أن يلبي بالحج فقط، فصحح النبي ﷺ نيته المعلقة، فأصبح قارنًا كالنبي ﷺ.

٣ ـ نية أبي موسىٰ الأشعري في الحج قال: لبيك بإهلال كإهلال النبي ﷺ(٢). ففسخ النبي ﷺ نيته إلىٰ التمتع بدلًا من القِران التي هي حجة رسول **الله** ﷺ لعدم سوقه الهدي.

وجه الاستدلال: لم يبطل النبي ﷺ نيته الحج؛ إنما صحح نية الحج المعلقة، وأبطل النوع الذي لم يتوفر شرطه وهو القِران.

٤ ـ جواز النذر المعلق علىٰ شرط كأن يقول: إن شفىٰ **الله** مريضي فسأصوم. وشفىٰ **الله** عز وجل مريضه؛ وجب عليه الصوم. فهذا معلق علىٰ شرط، وقد قال ﷺ: «**من نذر أن يطيع الله فليطعه**»(٣).

٥ ـ صلاة المسافر خلف المقيم وهو لا يعلم هل الإمام مقيم أم مسافر، فصلىٰ خلفه، فإن أتم أكمل بعده، وإن قصر قصر معه؛ لقول النبي ﷺ: «**إنما جعل الإمام ليؤتم به**»(٤)، فينوي نية معلقة بالإمام، «فالناس تبع للإمام في نيته»(٥).

٦ ـ كان النبي ﷺ إذا صلىٰ في السفر سواءً جمعًا أم قصرًا لم يثبت أنه كان يقول

---

(٢) رواه مسلم (١٢١٨)، ونحوه البخاري (١٥٥٨).

(٣) رواه البخاري (١٧٢٤).

(٤) رواه البخاري (٦٦٩٦).

(٥) رواه البخاري (٣٧٨).

(٦) مجموع الفتاوىٰ (٢٥/١٠٢).

لهم: انووا الجمع أو القصر، بل نية المأموم معلقة بنية الإمام[١].

٧ ـ فعل ابن عمر ليلة الثلاثين من شعبان إذا كانت غائمة أصبح صائمًا؛ فإن كان رمضان فهو فرض، وإن لم يكن فهو نفل. فكان يرىٰ جواز النية المعلقة، ولولا أن النبي ﷺ نهىٰ عن صيام الثلاثين دفعاً للوسواس لصح صيام الثلاثين إذ قال ﷺ: «لا يتقدمن أحدُكم رمضان بصوم يوم أو يومين»[٢].

٨ ـ الله تعالىٰ يعلم حقائق الأمور، فعلقها العبد بعلم الله تعالىٰ، فإن دخل الوقت فهي صلاة الوقت وإلا فنافلة، وإن كان غدًا رمضان فهو صوم فرض وإلا نافلة.

٩ ـ إذا كان لا يعلم أن غدًا من شهر رمضان فلا يجب عليه التعيين، فمن أوجب عليه التعيين مع عدم العلم فقد أوجب الجمع بين الضدين[٣].

١٠ ـ كمن أدرك السجود مع إمام الجمعة فدخل معه بنية معلقة: إن كانت الركعة الأخيرة أتمها المسبوق أربعًا، وإن كانت الأولىٰ أضاف إليها ركعة.

❊ ثانياً: الأدلة علىٰ جواز المعاملة أو العقد المعلق علىٰ شرط

١ ـ المدبر هو عقد لعتق الرجل عبده معلق علىٰ تحقق شرط وفاته.

وجه الاستدلال: عقد معلق بشرط الوفاة، فإن مات العبد قبل السيد مات مملوكاً وإن مات السيد قبله أصبح حراً.

٢ ـ الجعالة عقد معلق علىٰ شرط تحقيق مطلوب، فإن تحقق المطلوب استحق

---

(٢) انظر المجموع (٢٢/٢٩١ ـ ٢٩٢).

(٣) رواه البخاري (١٩١٤).

(٤) مجموع الفتاوىٰ (٢٥/١٠١).

العوض وإلا فلا، كما قال يوسف عليه السلام: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾(١).

٣ ـ عقد الضمان هو معلق على شرط؛ إذا توفر فهو ضامن وإلا فلا. كما قال نبي الله يوسف عليه السلام: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾(٢). فضمن تسليم الجعل للمستحقين إذا جاءوا بالصواع.

٤ ـ الوصية هي عقد هبة معلق على شرط الوفاة، فإن مات الموصي استحق الموصى له الهبة؛ قال الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيۡكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ إِن تَرَكَ خَيۡرًا ٱلۡوَصِيَّةُ لِلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَ بِٱلۡمَعۡرُوفِۖ﴾(٣).

٥ ـ النذر المعلق على شرط؛ قال: إن شفى الله مريضي صمت يومًا في سبيل الله. فهو نذر مكروه «**إنما يستخرج من البخيل**»(٤)، لكن الشارع ألزم الوفاء به إذ قال ﷺ: «**من نذر أن يطيع الله فليطعه**»(٥).

٦ ـ عندما بعث النبي ﷺ الجيش لغزوة مؤتة: «**وأمّر زيد بن حارثة قال: إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة**»(٦).

وجه الاستدلال: علق النبي ﷺ إمارة جعفر بقتل زيد، وعلق إمارة ابن رواحة بقتل جعفر، وجميعها إمارة معلقة على شرط.

---

(٢) [يوسف: ٧٢].

(٣) [يوسف: ٧٢].

(٤) [البقرة: ١٨٠].

(٥) رواه البخاري (٦٦٠٨).

(٦) رواه البخاري (٦٦٩٦).

(٧) رواه البخاري (٤٢٦١).

٧ ـ عقد أبو بكر رضي الله عنه الولاية لعمر رضي الله عنه بشرط موته، فعلق عقد الولاية على شرط.

٨ ـ ورد عن عمر رضي الله عنه أنه كان يدفع أرضه إلىٰ العامل علىٰ أنه إن جاء عمر بالبذر فله كذا، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا[١].

٩ ـ اشترىٰ نافع بن عبد الحارث دارًا بمكة من صفوان علىٰ إن رضي عمر فالبيع بيعه (بالخيار)، وإن لم يرض عمر رضي الله عنه فلصفوان أربعمائة درهم هبة[٢]؛ فهذا عقد معلق علىٰ شرط.

١٠ ـ اشترىٰ ابن مسعود جارية امرأته، واشترطت عليه إن أرجعها فهي لها بالثمن.

١١ ـ الأصل في المعاملات الإباحة ما لم يدل دليل علىٰ المنع.

١٢ ـ قال النبي صلى الله عليه وسلم: «**المسلمون علىٰ شروطهم**»[٣].

١٣ ـ دلالة الأولىٰ: إذا جازت العبادات المعلقة علىٰ شرط، فالمعاملات من باب أولىٰ.

١٤ ـ القياس، جواز تعليق الطلاق على شرط، والطلاق صورة من صور المعاملات.

١٥ ـ القياس: جواز الفسخ المعلق علىٰ شرط.

١٦ ـ لا محذور في تعليق العقود علىٰ شرط إذ لا دخول في أمر محرم، ولا

---

(٢) علقه البخاري بصيغة الجزم (٢٣٢٨)

(٣) علقه البخاري بصيغة الجزم قبل حديث (٢٤٢٣).

(٤) رواه أبو داود (٣٥٩٤)، وصححه الترمذي (١٣٥٢) وابن الجارود (٦٣٧، ٦٣٨) والألباني في الإرواء (١٣٠٣).

خروج عن أمر لازم.

١٧ ـ فيه مصلحة للخلق دون مضرة راجحة، فالشارع لا ينهىٰ عن هذا بل يبيحه.

وهو قول الإمام أحمد[١]، وابن تيمية في النكاح والبيوع[٢]، وابن القيم[٣]، والسعدي[٤]، وابن عثيمين.

❊ ثالثاً: درجات العلم

١ ـ اليقين: العلم المستقر الثابت عن نظر واستدلال، فاستقر وثبت. وقيل: اعتقاد مطابق لنفس الأمر غير ممكن الزوال؛ وقيل: هذا القطعي.

٢ ـ الظن الغالب: ما ترجح فيه أحد الطرفين، مع إمكان الطرف الآخر. وقيل: ما ترجح بدليل معتبر.

٣ ـ الشك: التردد في أمرين متقابلين، لا ترجيح لوقوع أحدهما علىٰ الآخر في النفس[٥]. لاسيما إذا تكافأت الأدلة.

٤ ـ الوهم: الطرف المرجوح.

ما المراد باليقين عند الفقهاء.

هو الظن الغالب. قال النووي: واعلم أنهم يطلقون العلم واليقين ويريدون بهما

---

(٢) المغني (٩/٤٨٨)، الفروع (٥/٢١٦)، والإنصاف (٨/١٦٤)، وكشف القناع (٥/٩٧).

(٣) الاختيارات (٦/٢١٤ ـ ٢١٦)، (٨/٤٠٤ ـ ٤٠٥)، الفتاوىٰ (٢٩/٣٤٧) (٢٩/٣٥٠)، القواعد النورانية (٢١٢)، المستدرك (٤/١٢).

(٤) الأعلام (٣/٣٨٧ ـ ٣٨٩) (٤/١١ ـ ١٣).

(٥) المناظرات الفقهية (٢٣٥ ـ ٢٣٦).

(١) الآمدي، انظر البحر المحيط (١/٧٨).

الظن الظاهر لا حقيقة العلم واليقين، فإن اليقين هو الاعتقاد الجازم وليس ذلك بشرط في هذه المسألة ونظائرها... فلو أخبره ثقة بنجاسة الماء الذي توضأ به فحكمه حكم اليقين في وجوب غسل ما أصابه وإعادة الصلاة، وإنما يحصل بقول الثقة ظن لا علم ويقين، ولكنه نص يجب العمل به، ولا يجوز العمل بالاجتهاد مع وجوده، وينقض الحكم المجتهد فيه إذا بان خلاف النص وإن كان خبرَ واحدٍ[1].

قال الجرجاني: إذا ترجح أحد الطرفين وطرح الطرف الآخر فهو غالب الظن، وهو بمنزلة اليقين[2].

❊ رابعاً: الدليل على أن الظن الغالب له حكم اليقين

١ ـ العمل بخبر الآحاد.

٢ ـ الشهادة.

٣ ـ العمل باليمين.

٤ ـ العمل بالاعتراف.

٥ ـ تعذر العلم في أكثر الأحوال[3].

٦ ـ ندرة خطأ الظن الغالب، وغلبة إصابته، والغالب لا يترك للنادر[4].

٧ ـ العمل بالدليل الظاهر. لما سأل عدي بن حاتم النبي ﷺ عن الصيد قال له:

---

(٢) المجموع للنووي (١/١٨٧).

(٣) التعريفات (١٢٨)، وانظر قاعدة اليقين لا يزول بالشك. د. الباحسين (٣٥ ـ ٣٦).

(٤) القرافي الذخيرة (١/٢٦١).

(٥) الذخيرة للقرافي.

«**إن رميت الصيد فوجدته بعد يوم أو يومين ليس به إلا أثر سهمك فَكُل**»[١].

فأرشده النبي ﷺ إلىٰ اعتبار السبب الظاهر في القتل، وهو وجود السهم في الصيد وعدم وجود أثر آخر تسبب في موت الصيد كجرح لسَبُع أو لدغة شيء من دواب الأرض، فأقام هذا السبب مقام اليقين وطرح الشك؛ لأن الأصل عدم سبب آخر زهقت نفسه به[٢].

٨ ـ التحري. عن ابن مسعود رضي الله عنه قال النبي ﷺ: «**إذا شك أحدكم في صلاته فليتحر الصواب، فليتم عليه ثم ليسجد سجدتين**»[٣]، فأمر النبي ﷺ بالبناء علىٰ التحري.

٩ ـ العمل بالحديث الموقوف الذي في حكم المرفوع. كقول الصحابي: نهىٰ رسول **الله** ﷺ عن كذا، أو أمر بكذا، أو قضىٰ بكذا «**بشاهد ويمين**».

فليس يقينًا أن النبي ﷺ نهىٰ عن كذا، فربما فهم الصحابي أنه نهىٰ أو أمر وهو ﷺ لم يأمر ولم ينه، ولكنه غالباً ما يصيب فيه الصحابي رضي الله عنه.

١٠ ـ الاستدلال بالقواعد الأصولية والقواعد الفقهية. أحيانًا تستنبط القواعد الأصولية والفقهية من جمع فروع المسائل المنصوص عليها في عدة أبواب ثم الخروج بقاعدة تجري علىٰ جميع الفروع والمسائل التي لم ينص عليها، فهي غلبة ظن أن تنطبق عليها.

١١ ـ أحكام القضاء. قال ﷺ: «إنما أنا بشر، وإنه يأتيني الخصم، فلعل بعضهم أن يكون أبلغ من بعض فأحسب أنه صادق فأقضي له، فمن قضيت له بحق مسلم

(٢) رواه البخاري (٥٤٨٤) ومسلم نحوه (١٩٢٩).
(٣) انظر القواعد الفقهية الخمس الكبرىٰ عند ابن تيمية؛ د. إسماعيل علوان (١٩١ ـ ١٩٢).
(٤) رواه البخاري (٤٠١) ومسلم (٥٧٢) واللفظ له.

فإنما هي قطعة من النار، فليحملها أو يذرها»[١]. فقضى النبي ﷺ بغلبة الظن فجعله في حكم اليقين.

١٢ ـ الاجتهاد. قال النبي ﷺ: «**إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر**»[٢]، فأثنى النبي ﷺ على المجتهد وإن أخطأ فيه، مما يدل على صحة العمل به ما لم يتبين خطؤه فجعله في حكم اليقين.

تبين مما سبق:

١ ـ جواز فعل العبادة بنية معلقة.

٢ ـ جواز فعل المعاملة بنية معلقة، بشرط معلق.

٣ ـ الظن الغالب له حكم اليقين.

(هي نوعان: أحدهما: ما يشترط فيه النية الجازمة) فالعبادة أو العقد لا يصح إلا بالجزم، وغالبًا ما يشترط في العبادات من صلاة وصيام وحج وزكاة.

(فلا يصح إيقاعه بهذا التردد) كمن شك بدخول الوقت، فصلى ناويًا إن دخل الوقت فهي صلاة الفرض وإلا فهي نفل.

ومن شك بدخول رمضان منتظرًا إعلان البلد فنام ناويًا الصيام إن كان غدًا رمضان فهو فرضه وإلا فهو نفل.

فقد رجح المؤلف عدم صحتها. وقد اختلف فيها علماء المذهب، فمنهم من يصححها، ومنهم من لم يصححها. وسيأتي تفصيلها بإذن الله تعالى.

(٢) رواه مسلم (١٧١٣).

(١) رواه البخاري (٧٣٥٢) ومسلم (١٧١٦).

ولكن كما تبين بالأدلة أنه إذا علقها بشرط وجزم بإيقاعها إذا توفر شرطها، فهي نية جازمة لعلم الله تعالىٰ بتحقق شرطها.

(ما لم يكن الشك ظنًا يكفي مثله في إيقاع العبادة أو العقد؛ كغلبة الظن بدخول الوقت؛ وطهارة الماء والثوب ونحو ذلك)

أولاً: إذا غلب علىٰ ظنه تحقق الشرط فأوقع العبادة بناءً عليه ثم تبين له بأن الشرط متحقق صحت العبادة.

كمن ظن زوال الشمس في يوم غيم فصلىٰ ناويًا فرض الظهر إن زالت الشمس وإلا فهي نفل، ثم تبين له أنه صلاها بعد الزوال؛ صحت.

أو غلب علىٰ ظنه أن الماء طاهر، فتوضأ به وصلىٰ، ثم أخبره ثقة بطهارة الماء؛ صحت تلك الصلاة.

أو غلب علىٰ ظنه طهارة الثوب فصلىٰ به، ثم أخبره ثقة بطهارة الثوب؛ صحت تلك الصلاة.

(ومن أمثلة ذلك ما إذا صلىٰ يظن نفسه محدثًا فتبيَّن متطهرًا) هذه اللفظة فيها لبس، ولكن يقال «ظن» هذه لها عدة أحوال:

❋ الحالة الأولىٰ: الظن الوهم.

صلىٰ وقد وهم أنه محدث، فغلب علىٰ ظنه أنه متوضئ، فصلىٰ علىٰ أنه متوضئ وتوهم أنه محدث فهو مرجوح عنده؛ صحت صلاته.

❋ الحالة الثانية: ظن الشك.

تكافأت عنده الأدلة؛ فنسبة أنه محدث كنسبة أنه متوضئ، فصلىٰ بنية معلقة: إن

كان متوضئًا فهي صلاة الفرض، وإلا فليست صلاة. ثم تبين له أنه متوضئ بأن تذكر أو بقرينة من القرائن؛ صحت صلاته لما سبق من الأدلة على صحة النية المعلقة. وإذا تبين له أنه محدث بطلت صلاته وعليه أن يصلي فرضه.

أما إذا لم يتبين له وضاق عليه الوقت وجب عليه أن يتوضأ ويصلي لأنه لا يجوز أن يخرج الوقت ولم تبرأ ذمته من الصلاة.

❋ الحالة الثالثة: ظن غالب؛ أي غلبة ظن.

غلب على ظنه أنه محدث، فصلى على أنه محدث. فهذا له أحوال:

أ ـ إذا صلى هازلًا لاعبًا مستخفًا؛ فقد كفر بذلك.

ب ـ إذا صلى لعذر، وتعذر عليه التوضؤ والتيمم صحت صلاته لسقوط شرط الوضوء والتيمم عنه.

جـ ـ صلى غير هازل ولا لاعب، ولكنه طردًا للوسواس حيث يتكرر له ذلك. كمن شعر ببرودة في ثيابه موضع فرجه، فخشي أن يصاب بالوسواس، فصلى بنية معلقة ثم سعى للتأكد فتبين أنه لم يخرج منه شيء؛ صحت صلاته لما سبق من الأدلة.

د ـ صلى لأجل الحرج. كالمرأة المتوضئة التي شعرت بنزول شيء عليها، فغلب على ظنها أنه حيض، فاستصعب عليها التأكد لعدم وجود مكان تنظر إلى مدى صحة ذلك فصلت بنية معلقة. وبعد الصلاة تيسر لها التأكد قبل خروج الوقت، فتبين لها أنه لم ينزل عليها شيء؛ صحت صلاتها.

وكمن أَمَّ الناس بالصلاة فشعر ببرودة في فرجه فتحرج من الخروج من الصلاة وخشي أن لا يكون شيئًا، فصلى بنية مطلقة، وبعد الصلاة نظر فتأكد أنه لم ينزل

منه شيء؛ صحت صلاته.

هـ ـ أما من شعر ببرودة فلم يخرج من الصلاة وغلب على ظنه أنه قد انتقض وضوؤه، فأكملها من باب الحرج ولم يعتبرها صلاة، ولم يصلها بنية معلقة، ثم تبين له أنه لم ينتقض وضوؤه؛ بطلت صلاته لأنه لم ينو الأعمال التي قام بها صلاة، وإنما هي مجرد حركات.

مسائل أخرى:

١ ـ لو توضأ من إناء مشتبه ثم تبين أنه طاهر.

الأصح أن المشتبه لا اعتبار للشبهة فيه لأن الأصل في المياه والأواني الطهارة فيصلي ولا شيء عليه ﴿كُلُواْ مِمَّا فِى ٱلْأَرْضِ حَلَٰلًا طَيِّبًا﴾[1]، وليس في وسعه معرفة ما إذا لابسته النجاسة ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا﴾[2]، ولا يصلي بنية معلقة؛ وهو قول ابن تيمية وقول القاضي أبي الحسين. إلا إذا تيقن أن أحد الإناءين نجس والآخر طاهر ولم يتبين له أيهما النجس يتجنبهما ويتيمم.

٢ ـ لو كان له مال حاضر وغائب فأدى زكاته ونوى أنها عن الغائب إن كان سالما لم يصبه التلف، وإلا فتطوع. ثم بان سالما لم يتلف؛ أجزأه على الصحيح لما تبين من جواز إيقاع العبادة بنية معلقة.

ثانياً: أما المعاملات فتنقسم إلى قسمين:

الأول: ما يغلب عليه حق الله تعالى كالطلاق والنكاح والعتق.

الثاني: ما يغلب عليه حق العباد كالبيع والشراء.

---

(٢) [البقرة: ١٦٨].

(١) [البقرة: ٢٨٦].

❊ **القسم الأول**: ما يغلب عليه حق الله تعالىٰ.

فله حكم العبادات إلا في بعض الأحوال:

١ ـ ما غلب علىٰ ظنه توفر شرط صحة المعاملة؛ صح.

٢ ـ ما شك في توفر شرط صحة المعاملة؛ صح.

٣ ـ ما وهم في توفر شرط صحتها؛ فلها أحوال:

الأول: أوقعها هازلاً سواءً نوىٰ إيقاعها أم لم ينو إيقاعها؛ صح وقوعها. كمن طلق هازلاً ووهم كونها زوجته ثم تبين أنها زوجته، أو نكح أو أعتق لقول النبي ﷺ: «ثلاث جِدُّهن جِد وهزلهن جِد: الطلاق والنكاح والعتاق».

الثانية: أوقعها مريداً لها لعذر؛ صح. كما لو أعتق عبداً وهو يتوهم أنه يملكه بغية الرجوع إلىٰ زوجته التي ظاهر منها، ثم تبين أنه يملكه.

الثالثة: أوقعها للحرج: فإن كان مكرهاً كمن طلق زوجته لكثرة وسوسته هل تلفظ بطلاقها أم لم يتلفظ بطلاقها؛ فلا يصح طلاقها، وإن كان غير مكره صح.

❊ **القسم الثاني**: ما يغلب عليه حق العباد.

فلها حكم ما يغلب عليه حق الله تعالىٰ إلا في الهازل فإنه إن نوىٰ إيقاعها؛ صح. وإن لم ينو إيقاعها مع علم الطرف الآخر بالهزل؛ لم يصح.

(والنوع الثاني: ما لا يحتاج إلىٰ نية جازمة؛ فالصحيح فيه: الصحة) أي يجوز فيه التعليق، ولا يشترط فيه الجزم. **فالصحيح**: يجوز التعليق في المعاملات والعبادات إذا لم يمكنه الجزم. لما سبق من الأدلة في صحة تعليق العقد بالشرط.

(ومن أمثلته إذا نكحت امرأة المفقود قبل أن يجوز لها النكاح، ثم تبين أنه كان

جائزًا) امرأة المفقود حكم فيها مجموعة من الصحابة أنها تنتظر مدة أربع سنوات، وبعضهم حكم بانتظارها ثلاث سنوات، فإذا لم يأت خبره فإنه يحكم بموته وجاز لها النكاح.

فلو أنها نكحت بعد سنتين ولم تنتظر أربعًا، ثم تبين أن زوجها توفي قبل أن تنكح؛ فهل يصح نكاحها؟ هذه لها أحوال:

الحالة الأولى: إن غلب على ظنها وفاته فنكحت بنية معلقة: إن كان زوجي متوفيًا فقد نكحت من فلان، وإن لم يكن متوفيًا فنكاحي باطل. ثم تبين أنه توفي قبل نكاحها الثاني، صح نكاحها؛ فغلبة الظن لها حكم اليقين.

الحالة الثانية: إن غلب على ظنها حياته، ولم تطلب التفريق من القاضي للضرر، ونكحت الآخر؛ فلا يصح نكاحها ولو تبين أنه توفي قبل ذلك لأنها لم تعمل بغلبة ظنها، ولا بنية معلقة، ولم تعمل بالأصل. فالأصل بقاء ما كان على ما كان، لأنها عقدت في غلبة ظنها عقداً محرماً فبطل العقد لغلبة الظن، وهي غير داخلة في القاعدة، بل كما سبق بيانه بأن غلبة الظن لها حكم اليقين، وقد غلب على ظنها حياته وحرمة عقدها.

الحالة الثالثة: إن كانت متشككة خمسين بالمائة أن زوجها على قيد الحياة وخمسين بالمائة أنه توفي، فماذا عليها في هذه الحالة؟ هنا بقاء ما كان على ما كان، بقاء عقد النكاح وأنه على قيد الحياة؛ لأن هذا هو الأصل، واليقين لا يزول بالشك، فلا يجوز لها أن تتزوج إلا بطلب من الحاكم، وفي هذه الحالة لو نكحت وتبين بعد نكاحها بأنه قد توفي فنكاحها باطل. كما سبق في المثال القريب.

وقيل بصحته إذا نوته معلقاً بوفاته ثم تبين لها أنه توفى قبل عقد نكاحها إذ لم يغلب على ظنها بقاؤه؛ لاسيما وأن المدة ثلاث أو أربع سنوات جعلت للاحتياط

اجتهاداً من الصحابة. كمن صلىٰ متشككاً في وضوئه وجعلها معلقة علىٰ وضوئه، ثم تبين قبل فوات الوقت صحة صلاته.

أما لو شكت في طلاقه لها مع عدم فقدانه فنكحت فإن نكاحها باطل. لأن الأصل بقاء ما كان علىٰ ما كان إذ يشترط براءتها من ذمة الزوج قبل نكاحها الثاني.

(ففي الصحة وجهان) سبق بيانه.

من أمثلته:

١ ـ لو كان لك عند آخر وديعة فصارفته عليها، ويُجهل بقاؤها عند الوديع؛ هل يصح عقد الصرف؟ لو كانت نية معلقة: إن كانت موجودة فهو صرف. وإن كانت غير موجودة، ولكنها مفقودة بتفريط؛ فهي مضمونة علىٰ الوديع، فإنه يعتبر صرفُ حاضرٍ بما في الذمة؛ صح. وإن كانت مفقودة بغير تفريط لم يصح الصرف لأنها ليست مضمونة، فيكون قد صارفك بلا مقابل منك. وكذا إذا وعدته بإحضار المبلغ بدلاً من المفقود فقد صارفته بمال غير حاضر.

٢ ـ لو وكله في شراء سيارة فاشتراها له، ثم جحد الموكل الوكالة، فأراد الوكيل أن يشتريها منه، فلم يعترف الموكل بملكه لها. فقال الموكل: إن كنت أذنت لك في شرائها فقد بعتكها؛ صح بنيته المعلقة.

٣ ـ الرجعة في عقد نكاحٍ شك في وقوع الطلاق فيه. **الصحيح**: أن الشك في وقوع الطلاق لا اعتبار له لأن الأصل بقاء ما كان علىٰ ما كان، فعقد النكاح ما زال جاريًا وأن الطلاق لم يثبت.

۞ **المُلَخَّص: إيقاع العبادة أو العقود أو غيرهما مع الشك في شرط صحتها هي كالمعلقة علىٰ تحقيق ذلك الشرط ما لم يوقعها هازلاً.**

القاعدة التاسعة والستون

العقد الوارد على عمل معين

- عقد لازم ثابت في الذمة بعوض — كالأجير المشترك في الخياطة والبناء
  - اشترط عليه قيام المعقود معه بالعمل — تعين على المعقود معه
  - اشترط فلاناً هو الذي يباشر خياطة ثوبه
  - دلت القرينة على تعين المعقود معه القيام بالعمل — تعين عليه
  - دلت القرائن أنه لا يقبل إلا فلاناً ليخيط له ثوبه
  - دل العرف على تعين المعقود معه القيام بالعمل — تعين عليه
  - لم تدل قرينة على تعين قيامه بالعمل
    - إذا كان إتقان العمل لا يختلف باختلاف العامل — لا يتعين عليه
    - إذا كان الإتقان يختلف باختلاف العامل — تعين عليه
- عقد غير لازم — كالوكالة والوديعة
  - اشترط عليه قيام المعقود معه بالعمل — تعين على المعقود معه
  - دلت القرينة على تعين المعقود معه القيام بالعمل — تعين عليه
  - دل العرف على تعين المعقود معه القيام بالعمل — تعين عليه
  - لم تدل قرينة على تعين قيامه بالعمل
    - إذا كان إتقان العمل لا يختلف باختلاف العامل — لا ي تعين عليه
    - إذا كان الإتقان يختلف باختلاف العامل — تعين عليه

۞ المَتْن

القاعدة التاسعة والستون

العقد الوارد على عمل معين: إما أن يكون لازمًا ثابتًا في الذمة بعوض كالإجارة، فالواجب تحصيل ذلك العمل، ولا يتعين أن يعمله المعقود معه إلا بشرط أو قرينة تدل عليه.

وإما أن يكون غير لازم، وإنما يستفاد التصرف فيه بمجرد الإذن، فلا يجوز للمعقود معه أن يقيم مقامه في عمله إلا بإذن صريح أو قرينة دالة عليه.

ويتردد بين هذين من كان تصرفه بولاية إما ثابتة بالشرع كولي النكاح، أو بالعقد كالحاكم وولي اليتيم.

فأما الأول فله صور، منها: الأجير المشترك.

وأما الثاني: فمثل الوكيل، والعبد المأذون له، والصبي المأذون له، والمضارب والشريك،

[وأما الثالث(١)]: كالحاكم، وولي النكاح.

۞ الشَّرح

(العقد الوارد على عمل معين: إما أن يكون لازمًا ثابتًا في الذمة بعوض كالإجارة)

العقد اللازم: ما لا يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ دون رضا الآخر.

من صوره عقد الإجارة فهو عقد لازم للطرفين ثابت في ذمتهما، وكذا عقد البيع والصرف والسلم والمساقاة.

(١) هذا اللفظ أسقطه الشيخ من الأصل.

(فالواجب تحصيل ذلك العمل) المطلوب تحصيل العمل المعقود عليه ولا يلزم أن يقوم به عين المتعاقد معه لأن العقد تم على العمل المعين.

(ولا يتعين أن يعمله المعقود معه إلا بشرط أو قرينة تدل عليه) لو عقدت مع الخياط عمرو ليخيط ثوبًا، فإن المطلوب خياطة الثوب، فلا يلزم أن يباشر عمرو خياطته، فلو دفعه الخياط عمرو إلى آخر ليخيطه صح؛ إلا إذا اشترطت أن يباشر عمرو خياطته فلا يصح دفعه إلى زيد ليخيطه.

أو دلت القرينة على ذلك كأن تسلمه إلى عمرو وتذكر له أنك اخترت شخصه اختيارًا من كل الخياطين؛ لحذقه وجودة خياطته، فلا يجوز دفعه إلى زيد ليخيطه.

ملاحظة: المقصود بعمرو: هو نفسه أو مؤسسة أو شركة، ويدخل فيها موظفوها.

المسألة فيها تفصيل

❋ أولاً المتفق عليه

أ ـ إذا اشترطت على عمرو مباشرة خياطته أو دلت القرائن على ذلك أو كان متعارفًا عليه: فلا يصح دفعه لغيره، وكان ضامنًا له لو دفعه.

ب ـ إذا صرح بعدم ممانعته من دفعه لآخر، أو دلت القرائن على ذلك، أو كان متعارفًا عليه: صح دفعه لآخر.

جـ ـ إذا كان إتقان العمل يختلف باختلاف العامل فلا يصح قيام غيره به، كالخياطة والنجارة والطلاء.

❋ ثانياً: إذا لم يشترط ولم تدل القرائن ولم يكن متعارفًا فله حالتان:

الأولىٰ: إذا كان لا يختلف باختلاف العامل كعمل المصانع التي تعتمد علىٰ الأجهزة فلا بأس، فهذا مما يتساوىٰ فيه الجميع.

الثانية: إذا لم يكن كذلك لم يصح دفعه لآخر، وكان ضامنًا:

۞ الأدِلَّة

١ ـ لأن الاتفاق كان مع عين الأجير؛ فلا يسلمه لآخر إلا بدليل.

٢ ـ أحياناً يكون اختاره لحذقه دون أن يصرح أو دون أن تدل قرينة عليه، وهذا لا يتوفر في الطرف الآخر، والعمل يختلف باختلاف الأجراء، فأحياناً يكون الأجير حاذقًا ولذا عقد معه بينما الآخر ليس حاذقًا.

٣ ـ درءاً للخلاف، لأنه إذا أعطاه لشخص آخر فربما يحصل خلاف ونزاع، لكن مع نفس الشخص لا يحصل خلاف ولا نزاع.

٤ ـ إبراءً للذمة، لأنه إذا أعطاه لشخص آخر لا تبرأ الذمة به.

٥ ـ دفع الشك باليقين. إذ لا يدفع اليقين بالشك. فالمعقود معه إذا دفعه إلىٰ طرف ثالث فهذا مشكوك فيه فهو بين أن يكون صحيحًا أو غير صحيح، لكن مع نفس الطرف هو يقين، فيدفع الشك باليقين.

٦ ـ الأصل أن الأعيان تتمايز عن بعضها، إلا إذا كانت لا تتمايز حينئذ يصح.

٧ ـ أن غير عين المعقود معه هو بدل، ولا يصار إلىٰ البدل إلا إذا تعذر المبدل، فلا يلجأ إلىٰ البدل مع وجود الأصل.

(فأما الأول فله صور، منها: الأجير المشترك)

الأجير المشترك: من قُدر نفعه بالعمل، ويعمل لأكثر من شخص، فيعقد عدة

عقود مع عدة جهات. كالخياط: يخيط لأكثر من شخص، وموظفي الصيانة، والنجار، والخادم لعدة أشخاص أو لعدة عاقدين.

مسألة: هل يجوز له أن يستنيب عنه دون إذن المستأجر؟ فيه روايتان: الأصح أنه ضامن ما لم تدل قرينة حال أو مقال على جواز ذلك؛ وقد سبق تفصيله.

(وإما أن يكون غير لازم) العقد غير اللازم: هو ما يكون لأحد العاقدين فيه حق الفسخ؛ كالوكالة والوصية والعارية والوديعة.

(وإنما يستفاد التصرف فيه بمجرد الإذن) الأصل أنه لا يجوز لأحد التصرف فيه إلا المأذون له، ولم يوسع له فيما وراءه. كمن استأذن المالك بأن يعيره سيارته فأذن له جاز له وحده قيادتها واستعمالها.

(فلا يجوز للمعقود معه أن يقيم مقامه في عمله إلا بإذن صريح أو قرينة دالة عليه) الوكيل إذا وكله الموكل فلا يجوز للوكيل أن يوكل آخر إلا بإذن الموكِّل أو دلت القرينة أنه لا يستطيع القيام به وحده إلا بآخرين. كأن يوكله بنقل أثاث بيته فلا بد وأن يستعين بعمال ينقلونه ويحملونه.

مثال آخر: الصبي المأذون له بالشراء، لا يجوز له أن يوكل صبيًا آخر بالشراء.

ابنك عمره عشر سنوات؛ وهذا السن لا يجوز له التصرف في الأموال، لكنك أردت أن تدربه على التصرف بالأموال؛ قال الله ﷻ: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾(١)، أي اختبروا اليتامى لتعلموا هل يحسنون التصرف أم لا، فإذا أذنت له بالشراء؛ فلا يجوز له أن يوكل صبيًا آخر بالشراء.

---

(١) [النساء: ٦].

مثال آخر: المضارب؛ إذا لم يتضرر بفسخ العقد فهو عقد غير لازم. أما إذا تضرر بالفسخ، فهو عقد لازم يدخل في العقود اللازمة. فلا يجوز للمضارب أن يوكل آخر إلا فيما هو متعارف عليه، أو إذا اشترط هو أن يوكل من يشاء.

فتلخص مما سبق أنه سواءً كان عقداً لازماً أم غير لازم فلا يصح الاستنابة إلا بدليل أو قرينة.

(ويتردد بين هذين من كان تصرفه بولاية:

١ ـ إما ثابتة بالشرع كولي النكاح) الشارع هو الذي جعل للولي ولاية شرعية؛ لا بعقد بين المرأة ووليها ولا بإذن منها وإنما بأمر الشارع أصبح ولياً لها.

وأولياء النكاح قسمان:

❊ **القسم الأول**: مجبر، كوالد المرأة؛ لا خيار له في قبول الولاية أو رفضها. أو أخوها إن لم يكن لها غيره من الأولياء. فلا إشكال في جواز توكيل الولي غيره في أمور موليته، ولا يتوقف على إذنها لأن اعتبار إذنها في صحة النكاح لا في التوكيل في ولايتها.

❊ **القسم الثاني**: غير مجبر، كأن يكون لها أكثر من أخ، فاختارت أحدهما ليتولى نكاحها. فالأصح أنه يتوقف على إذنها في توكيله لغيره ما لم يجر العرف على غير ذلك أو دلت عليه القرائن أو اشترط هو ذلك؛ لأن اختياره لولايتها وقع بإذنها، فهو بمثابة العقد بين الطرفين؛ وهي طريقة القاضي أبي يعلى.

٢ ـ (أو بالعقد كالحاكم) ولاية الحاكم ثابتة بالعقد؛ إذ تحققت له الولاية بالعقد بينه وبين أهل الحل والعقد؛ فهل له أن يستنيب غيره من غير إذنهم؟ وهذا له أحوال:

❊ **الحالة الأولىٰ**: إن كان في حياته، وفي بعض مهام الولاية، فله ذلك، فيجعل فلانًا وزيرًا لكذا وفلانًا رئيسًا للوزراء، وفلانًا وليًا علىٰ البصرة، والآخر علىٰ الكوفة، وهكذا فله ذلك؛ للأمور التالية:

١ ـ لأن الحاكم يضيق عليه تولي جميع الأحكام بنفسه، فلا يستطيع أن يكون قاضيًا وواليًا في وقت واحد علىٰ مصر وعلىٰ البصرة وعلىٰ الشام وعلىٰ الكوفة وعلىٰ المغرب وعلىٰ شرق آسيا.

٢ ـ المتعارف عليه في عقد الإمامة أنّ له أن يولي أهل الأمانة دون إن يرجع إلىٰ أهل الحل والعقد. إذن العرف دل عليه، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، وإلا فالأصل بين العاقدين أنه يجب أن يستأذن أحدهما الآخر إلا بقرينة أو دلت القرائن علىٰ عدم الاستئذان.

٣ ـ منعه يؤدي إلىٰ تعطيل مصالح الناس العامة، فلا بد وأن يولي غيره.

٤ ـ لا يمكنه مباشرة تلك الأعمال بنفسه عادة لكثرتها.

٥ ـ ليس هو كالوكيل لأن القاضي أو الوالي لا ينعزل بموت الحاكم ولا عندما يعزل الحاكم، فعندما يوكل فلانًا وزيرًا للمالية فإذا مات الحاكم لا ينعزل وزير المالية، أو وليّ فلانًا علىٰ مصر فلا ينعزل والي مصر بموته. أما الوكيل: إذا مات الموكل فسخت الوكالة.

٦ ـ علىٰ هذا جرىٰ عمل الصحابة في عهد أبي بكر وعمر وعثمان وعلي ومعاوية رضي الله عنهم، فلم يكونوا يستأذنون عندما يولون أحدًا علىٰ الأمصار.

❊ **الحالة الثانية**: أن يستنيب من يتولىٰ الأمة ولاية عامة في حياته. فهذا يتوقف علىٰ إذن أهل الحل والعقد، لأن الأدلة السابقة والعلل المذكورة لم تتوفر فيه،

فيبقىٰ الأصل أنه بعينه تولىٰ أمورهم بالعقد.

* **الحالة الثالثة:** إن كان بعد وفاته في ولاية الأمة العامة، كالاستخلاف.

فإن تعيين الخليفة الجديد يتوقف علىٰ إذن أهل الحل والعقد لما سبق ذكره وكما حصل من أبي بكر الصديق عندما استخلف عمر رضي الله عنهما؛ فقد وصىٰ بأن عمر هو الخليفة من بعده، فلما مات أبو بكر بايع الصحابة عمر، فتحققت ولايته بمبايعة الصحابة له، وإلا فلو لم يبايعوا عمر لما كان هو الخليفة.

قال ابن تيمية: كذلك عمر لما عهد إليه أبو بكر؛ إنما صار إماماً لما بايعوه وأطاعوه، ولو قدر أنهم لم ينفذوا عهد أبي بكر ولم يبايعوه لم يصر إماماً[(١)].

(وولي اليتيم) هل ولايته جبرًا أم اختيارًا.

* **الحالة الأولىٰ:** إن كانت الولاية جبرًا، بأن لا يوجد إلا هو، فله أن يوكل ويستنيب:

١ ـ لأنه لا يَتِمُ اختيار الولي إلا إذا كان أمينًا عدلًا، فلن يختار الولي الأمين إلا وكيلاً أمينًا عدلًا.

٢ ـ لأن الولي لا يمكنه استئذان أحد في وكالته؛ فلا يستأذن اليتيم؛ فيستأذن مَن؟

٣ ـ لطول المدة وكثرة الاحتياطات والتصرفات، ورجحه القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب وصاحب المحرر.

مثال ذلك: مات أخوه وترك ابنًا له صغيرًا، وهو العم الوحيد، ولا يوجد أحد

(١) انظر منهاج السنة النبوية (١٤٢/١).

يتولىٰ أمر هذا اليتيم، فهو ولي اليتيم، والشارع هو الذي عينه، فثبتت له الولاية بالشرع، فله أن يوكل ويستنيب من يراه مناسبًا؛ لأنه أمين فلا يختار إلا من كان أمينًا أو عدلًا، ولا يصح استئذان اليتيم؛ فاليتيم ليس هو الذي ولاه، ولا يوجد عاقد آخر يستأذنه، ثم لطول المدة وكثرة الاحتياجات والتصرفات حتىٰ يبلغ هذا اليتيم سن الرشد قد يضطر إلىٰ أن يستنيب؛ فله حينئذ الحق في أن يوكل أو يستنيب.

❊ **الحالة الثانية:** إن كانت الولاية اختيارًا من قِبَل الأقارب، كأن يكون له خمسة أعمام فاختاروا من بينهم واحدًا ليكون هو الولي:

١ ـ إن كان اشترط عليهم أن له توكيل من يشاء لطول المدة وكثرة التصرفات فله أن يوكل أو يستنيب. وإذا كان مما تعارفوا عليه؛ فلا يلزمه الإذن للاستنابة.

٢ ـ وإن لم يكن معروفًا ولا اشترط عليهم التوكيل، فلا يلزمه الإذن لكثرة التصرفات وطول المدة؛ فدلالة الحال تقضي بذلك «دلالة الحال تغني عن السؤال».

٣ ـ أما إذا اشترطوا عليه عدم التوكيل فعليه الاستئذان وفاءً بالعقود والمحافظة علىٰ الأمانة، فهو كالوكيل. وهذا الذي رجحه ابن قدامة، والقاضي، وابن عقيل.

۞ **المُلَخَّص: العقد الوارد علىٰ عمل معين سواءً كان لازماً أم غير لازم فإنه لا يجوز للمعقود معه أن يقيم أحداً مقامه في عمله إلا بإذن صريح أو قرينة أو عرف أو تساوىٰ الآخر معه في الإتقان أو كان الآخر أفضل منه.**

❑ ❑ ❑

القاعدة السبعون

الفعل المتعدي إلى مفعول أو المتعلق بظرف أو مجرور إذا كان مفعوله أو متعلقه عاماً؛ فهل يدخل الفاعل الخاص في عمومه؟

- الخطاب من الشارع
  - يدخل فيه الفاعل الخاص
    - كخطاب الله تعالى لرسوله صلى الله عليه وسلم
    - يدخل النبي صلى الله عليه
  - إلا لقرينة
    - لا يدخل في الخطاب
    - كالمؤذن وترديد ألفاظ أذانه؛ لا يدخل في الخطاب
    - ومخاطبة خطيب الجمعة لأحد المصلين لا يدخل في اللغو
- الخطاب من مخلوق إلى آخر
  - لا يدخل فيه الفاعل الخاص
    - كالوكيل: يوكله في تزويج موليته
    - لا يحق له أو يزوجها من نفسه
  - إلا لقرينة
    - كالوقف على طلبة العلم والواقف طالب علم
    - وكله في تزويج موليته ورأى منه التلويح بقبوله أن يكون زوجاً لها

۞ المَتْن

القاعدة السبعون

الفعل المتعدي إلىٰ مفعول أو المتعلق بظرف أو مجرور إذا كان مفعوله أو متعلقه عامًا ؛ فهل يدخل الفاعل الخاص في عمومه ؟

أو يكون ذكر الفاعل قرينة مخرجة له من العموم ؟

أو يختلف ذلك بحسب القرائن ؟

فيه خلاف في المذهب ، والمرجح فيه التخصيص إلا مع التصريح بالدخول ، أو قرائن تدل عليه . ويترتب علىٰ ذلك صور متعدِّدة:

منها: النهي عن الكلام والإمام يخطب ، والأمر بإجابة المؤذن ، وهل يكون الرجل مصرفاً لكفارة نفسه أو زكاته إذا أخذها الساعي ؟ وهل يكون الواقف مصرفًا لوقفه ؟ والوكيل في البيع والشراء ؛ هل له البيع والشراء من نفسه ؟ وشراء الوصي لليتيم من ماله ، والوكيل في نكاح امرأة لا يتزوجها ، وإذا عمل أحد الشريكين في مال الشركة عملًا يملك الاستئجار عليه ودفع الأجرة ؛ فهل له أن يأخذ الأجرة أم لا ؟ والموصىٰ إليه بإخراج مال لمن يحج أو يغزو ليس له أن يأخذه ويحج به ويغزو ، والمأذون له أن يتصدَّق بمال إذا كان من أهل الصدقة ، وإذا وكل غريمه أن يبرئ غرماءه ، والأموال التي تجب فيها الصدقة شرعًا للجهل بأربابها كالغصوب والودائع لا يجوز لمن هي في يده الأخذ منها علىٰ المنصوص .

ومنها: لو وصَّىٰ لعبده بثلث ماله دخل في الوصية ثلث العبد نفسه فيعتق عليه ؛ نص عليه ، ويكمل عتقه من باقي الوصية .

۞ الشَّرح

(الفعل المتعدي إلىٰ مفعول) مثاله: قول النبي ﷺ: «إذا سمعتم النداء فقولوا مثل ما يقول المؤذن»[١]، هنا فعل وفاعل ومفعول، الفعل: قال، والفاعل: هو القائل المردد مع المؤذن، والمفعول: القول مثلما يقول المؤذن، فالفعل هذا متعدٍّ إلىٰ مفعول، وهو أن يقول مثلما يقول المؤذن.

(أو المتعلق بظرف) كقولك: أنصت حين يخطب الإمام. حين ظرف زمان، فهذا متعلق بظرف.

(أو مجرور) أي المتعلق بمجرور، كقولك: وقفت علىٰ الفقراء هذه العمارة. «علىٰ الفقراء» هو المجرور، «وقفت» الوقف متعلق بالفقراء.

(إذا كان مفعوله أو متعلقه عامًا) المفعول هو «القول مثل ما يقول المؤذن» عام يشمل المؤذن والسامع.

المتعلق العام: «حين يخطب الإمام» عام يشمل الإمام الخطيب والمأموم، «علىٰ الفقراء» عام يشمل الواقف وغير الواقف.

(فهل يدخل الفاعل الخاص في عمومه) هل يدخل الخطيب في عدم جواز قوله «أنصت» للمأموم.

هل يدخل المؤذن في ترديد ما يقوله بنفسه؟

هل يشمل الوقف الواقف إذا افتقر؟

---

(٢) رواه البخاري (٦١١)، ومسلم (٣٨٣).

وقال ﷺ: «**إذا قال [الإمام]: سمع الله لمن حمده. فقولوا: ربنا ولك الحمد**»[1]، هل الإمام يقول: ربنا ولك الحمد؟

وإذا وكّل آخرَ فقال: بِع لي هذه السيارة؛ هل يجوز للوكيل أن يشتريها لنفسه؟ هل يدخل في هذا العموم؟

وإذا قال لوكيله: اشتر لي بيتًا؛ هل يجوز للوكيل أن يبيع بيته لموكله؟

وإذا قال له: وكلتك بتزويج ابنتي؛ هل يجوز له أن يتزوج من ابنة موكله، هل يدخل في هذا العموم؟

في كفارة الحنث؛ إذا كان المكفر فقيرًا؛ هل يجوز أن يطعم أهله ونفسه من الكفارة؟ هل يدخل في عموم الخطاب؟

(أو يكون ذكر الفاعل قرينة مخرجة له من العموم) فلا يدخل الخطيب في تحريم مخاطبة المأمومين أو غيرهم بالإنصات، ولا يدخل المؤذن في ترديد أذان نفسه، ولا يشمل الوقف الواقف إذا افتقر.

(أو يختلف ذلك بحسب القرائن؟) فيخرج الخطيب من النهي عن الأمر بالإنصات لأن علة النهي لوجوب الاستماع إلىٰ خطبة الخطيب، والمقصد من الترديد مع المؤذن هو الذكر؛ والمؤذن قد ذكر، وعلة الوقف نفع الفقراء؛ وهو أولىٰ بالانتفاع إذا افتقر.

المخاطِب إذا خاطب الناس هل يدخل هو في الخطاب أم لا؟ الأصل أن المخاطِب ـ أي المتكلم ـ لا يدخل هو في الخطاب.

أما لغة: فالأصل أن المخاطِب لا يدخل في خطابه لأن الخطاب وجهه لغة إلىٰ

(١) رواه البخاري (٧٢٢).

غيره. فلو قال لخادمه: لا تُدخِل داري أحدًا من بني تميم؛ والسيد تميمي والخادم تميمي فإنهما غير مقصودين بالخطاب.

ولو قال لخادمه: لا تدع أحدًا يدخل بيتي؛ فإنه لا يمنع سيده ولا يمنع نفسه من دخول بيته.

أما شرعًا: فإنه داخل في الخطاب إلا ما دل على تخصيصه وعلى عدم دخوله فيه لأن الشريعة تعم جميع المكلفين(١).

التفصيل فيه: أن الخطاب إما أن يكون من مخلوق إلى آخر أو من الشارع الحكيم إلى العبد.

* **أولاً**: إذا كان الخطاب من مخلوق إلى آخر فإنه لا يدخل فيه إلا لقرينة(٢):

الأدلة على عدم دخوله في العموم

١ ـ هو الأصل لغة، فلا يدخل فيه المتكلم ولا الوكيل عن المخاطِب ولا المخاطَب الذي طلب منه أن يُوقِعَ الفعل على الآخرين؛ كالوكيل في البيع أو الشراء أو الزواج.

فإذا قال لوكيله: وكلتك في بيع البيت. فالأصل أن الوكيل لا يدخل؛ لأنه وكيل عن المتكلم، فالمقصود به غيره، إلا إذا أتت قرينة بالإذن له، فالوكيل بمثابة النفس، والإنسان لا يبيع لنفسه.

٢ ـ سدًا لذريعة محاباة النفس. فإذا قال له: بع سيارتي. وقيمة السيارة خمسة آلاف؛ فيحابي نفسه ويشتريها بأقل من هذا. فخشية محاباة النفس وعدم استقصاء

(٢) انظر البحر المحيط (١٩٣/٣).
(١) أي خطاب الناس لبعضهم، وهذا الأصل فيه أنه لا يدخل في خطابه.

الثمن يمنع منه.

٣ ـ خشية التهمة من قبل الموكّل، لا سيما إذا تأكدت بمصلحة تعود على الوكيل مما يؤكد التهمة بالمحاباة، كالتوكيل بالبيع والتزويج ومقاضاة الغرماء وإبرائهم.

٤ ـ لو أراد إدخاله في العموم لصرح له بذلك. فلو أراد إبراءه لأبرأه أولًا ما دام وكله، مما يدل على أنه لم يرد إبراءه. إلا إذا استأذنه فأذن له.

إلا لقرينة:

أما إذا دلت القرائن على دخوله فإنه يدخل؛ منها القياس. فإذا وقف العمارة على الفقراء فإنه لا يدخل لغة في ذلك إذا لم ينو نفسه سلبًا أو إيجابًا. فإذا افتقر دخل قياسًا؛ لأنه فقير، ولا يوجد مانع من أن ينتفع به، وعلة الفقر متحققة فيه، لاسيما إذا كان هو الناظر، أو غيره الناظر وأذن له فيه.

إذا وكل عبده في إعتاق عبيده؛ هل يدخل العبد الوكيل في ذلك؟ لا يدخل لأنه تهمة، ولم يوكله إلا لحذاقته، مما يدل على حرصه عليه وعلى إبقائه.

إذا وكل الغريم في إبراء الغرماء. لا يدخل الغريم الوكيل لأنه تهمة فتشبه الخيانة.

لو وكل شخصًا لتوزيع صدقته وكان هو أهلًا للصدقة؛ هل يدخل الوكيل في أخذ الصدقة؟ لا يدخل؛ خشية التهمة ومحاباة النفس وضعف النفس والزلل.

ثانياً: إذا كان الخطاب أو التكليف من قبل الشارع سواءً بقول الله تعالى أو بقول رسوله ﷺ أو ما هو في حكم قول الشارع دخل فيه المخاطب إلا لقرينة؛ كالمؤذن، والإمام في قوله: ربنا ولك الحمد، وولي النكاح.

۞ الأدلة على دخول نفسه في خطاب الأحكام الشرعية إلا لقرينة

١ ـ دخول النبي ﷺ في الخطاب القرآني له بأمره لأمته، قال الله ﷻ: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا۟ مِنْ أَبْصَـٰرِهِمْ وَيَحْفَظُوا۟ فُرُوجَهُمْ﴾(١)، والنبي ﷺ مأمور بغض البصر.

وقال الله ﷻ: ﴿قُلْ مَآ أَنفَقْتُم مِّنْ خَيْرٍ فَلِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينِ وَٱبْنِ ٱلسَّبِيلِ﴾(٢)، فأُمر النبي ﷺ أن يخاطب المؤمنين بذلك، والنبي ﷺ داخل في هذا الخطاب بالاتفاق.

وقال الله ﷻ: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلشَّهْرِ ٱلْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ﴾(٣)، فهل يجوز للنبي ﷺ أن يقاتل في الشهر الحرام؟ الأصل لا يجوز له إلا لقرينة.

وقال الله ﷻ: ﴿قُلْ إِن تُخْفُوا۟ مَا فِى صُدُورِكُمْ أَوْ تُبْدُوهُ يَعْلَمْهُ ٱللَّهُ﴾(٤)، والنبي ﷺ داخل في هذا الخطاب بالاتفاق.

وقال الله ﷻ: ﴿۞ قُلْ تَعَالَوْا۟ أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا۟ بِهِۦ شَيْـًٔا وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَـٰنًا وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَوْلَـٰدَكُم مِّنْ إِمْلَـٰقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلْفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا۟ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ ذَٰلِكُمْ وَصَّىٰكُم بِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾(٥)، والنبي ﷺ داخل في هذا الخطاب بالاتفاق.

---

(٢) [النور: ٣٠].

(٣) [البقرة: ٢١٥].

(٤) [البقرة: ٢١٧].

(٥) [آل عمران: ٢٩].

(٦) [الأنعام: ١٥١].

وقال الله ﷻ: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُۖ فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهِۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَرِيعُ ٱلْحِسَابِ﴾[١]، والنبي ﷺ داخل في هذا الخطاب بالاتفاق.

٢ ـ خطاب النبي ﷺ للمؤمنين والصحابة بالتشريع وأمره لهم؛ وهو أول الداخلين فيه كأن يأمرهم بالصلاة والصيام والمأمورات، وكذا المنهيات. وعموم الأحاديث النبوية وتوجيهاته الشريفة للأمة، هو داخل فيها ﷺ بالاتفاق.

قال ﷺ: «**لا تحلفوا بآبائكم، من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت**»[٢]، فالنبي ﷺ داخل في هذا وهو أول من يأتمر به. وقال ﷺ: «**إن الله كره لكم ثلاثاً: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال**»[٣]، والنبي ﷺ داخل في هذا الخطاب.

٣ ـ جواز نكاح الولي لليتيمة إلا إذا خاف عدم إنصافها، إذ هو مأمور بالقيام عليها وتزويجها لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ﴾[٤] فأجاز زواجه منها، وهو ولي تزويجها.

٤ ـ فهم الصحابة بدخوله ﷺ في خطابه لأمته[٥]، وإذا لم يفعل بمقتضاه سألوه عن الموجب، فذكر له الموجب؛ وذلك تقرير منه لدخوله فيه[٦]. منها:

---

(٢) [المائدة: ٤].
(٣) رواه البخاري (٧٤٠١)، ومسلم (١٦٤٦)، واللفظ له.
(٤) رواه البخاري (١٤٧٧).
(٥) [النساء: ٣].
(٦) انظر روضة الناظر لابن قدامة (٢٤١)، والتحبير شرح التحرير (٢٤٩٩/٥).
(٧) انظر شرح العضد (١٢٦/٢).

أ ـ لما أمر النبي ﷺ الصحابة بفسخ الحج إلىٰ العمرة ثم لم يفعل سألوه عن تركه الفسخ، فبين لهم عذره، فقال: «**لو استقبلت من أمري ما استدبرت لم أسق الهدي وجعلتها عمرة**»(١).

ب ـ وكقول النبي ﷺ: «**ما منكم من أحد، إلا وقد وكل به قرينه من الجن**». قالوا: وإياك يا رسول الله؟ قال: «**وإياي، إلا أن الله أعانني عليه فأسلم، فلا يأمرني إلا بخير**»(٢).

جـ ـ كقول النبي ﷺ: «**لن ينجي أحداً منكم عمله**». قال رجل: ولا إياك يا رسول الله؟ قال: «**ولا إياي، إلا أن يتغمدني الله منه برحمة، ولكن سددوا**»(٣).

٥ ـ سيرة الأنبياء وأقوالهم عليهم الصلاة والسلام.

قال شعيب عليه السلام: ﴿وَمَآ أُرِيدُ أَنۡ أُخَالِفَكُمۡ إِلَىٰ مَآ أَنۡهَىٰكُمۡ عَنۡهُۚ﴾(٤) فدل علىٰ أنه مخاطب فيما خاطب فيه أمته.

٦ ـ هو أسوة لغيره، قال الله ﷻ: ﴿لَّقَدۡ كَانَ لَكُمۡ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسۡوَةٌ حَسَنَةٞ﴾(٥)، وقال الله ﷻ: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيۡدٞ مِّنۡهَا وَطَرٗا زَوَّجۡنَٰكَهَا لِكَيۡ لَا يَكُونَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ حَرَجٞ فِيٓ أَزۡوَٰجِ أَدۡعِيَآئِهِمۡ إِذَا قَضَوۡاْ مِنۡهُنَّ وَطَرٗاۚ﴾(٦).

فالتكاليف الشرعية يدخل فيها جميع المكلفين إلا لقرينة، والنبي ﷺ أحد

---

(٢) رواه البخاري (١٦٥١)، ومسلم (١٢١٨).

(٣) رواه مسلم (٢٨١٤).

(٤) رواه البخاري (٦٤٦٢)، ومسلم (٢٨١٦). وانظر شرح الطوفي (٢/٥٣٨).

(٥) [هود: ٨٨].

(٦) [الأحزاب: ٢١].

(١) [الأحزاب: ٣٧].

المكلفين: وهذا دليل **سابع**. وستأتي بعض المسائل يذكرها المؤلف بإذن الله تعالىٰ.

(أو قرائن تدل عليه، ويترتب علىٰ ذلك صور متعدِّدة: منها: النهي عن الكلام والإمام يخطب، والأمر بإجابة المؤذن، وهل يكون الرجل مصرف لكفارة نفسه أو زكاته إذا أخذها الساعي؟ وهل يكون الواقف مصرفًا لوقفه؟).

❊ قرينة للنص الشرعي:

النهي عن الكلام والإمام يخطب

القاعدة تشير إلىٰ دخول الإمام في النهي عن الكلام ولكن القرينة أخرجته. لما ثبت من كلام النبي ﷺ لمن آذىٰ الناس في تخطي الرقاب فقال له: «**اجلس فقد آذيت**»[١]. وما ثبت من خطابه ﷺ لمن جلس قبل أن يصلي ركعتي تحية المسجد؛ فقطع الخطبة وأمره بصلاتهما[٢]، وإنكار عمر رضي الله عنه علىٰ عثمان رضي الله عنه لما أتىٰ الخطبة وعمر يخطب؛ إذ قال أبو هريرة رضي الله عنه: بينما عمر بن الخطاب رضي الله عنه يخطب الناس يوم الجمعة إذ دخل عثمان بن عفان، فعرض به عمر فقال: ما بال رجال يتأخرون بعد النداء؟ فقال عثمان: يا أمير المؤمنين ما زدت حين سمعت النداء أن توضأت ثم أقبلت. فقال عمر: والوضوء أيضًا؟ ألم تسمعوا رسول الله ﷺ يقول: «**إذا جاء أحدكم الجمعة فليغتسل**»[٣].

لذا كان المذهب المشهور لا يشمل الإمام[٤].

---

(٢) رواه أبو داود (١١١٨) والنسائي (١٧١٨) وصححه ابن خزيمة (١٨١١) وابن حبان (٢٧٩٠) والحاكم (١/٢٨٨) والألباني.

(٣) رواه البخاري (٩٣٠) ومسلم (٨٧٥).

(٤) رواه البخاري (٨٧٧) ومسلم نحوه (٨٤٥).

(٥) الكافي (١٤٧).

إجابة المؤذن

القاعدة تشير إلىٰ دخول المؤذن في الإجابة ولكن القرينة أخرجته:

١ ـ المقصد هو الإقرار بقول المؤذن، والمؤذن قد قالها[١].

٢ ـ والمقصد هو ذكر الله تعالىٰ بالألفاظ التي قالها المؤذن، والمؤذن قد ذكر الله تعالىٰ بهذه الألفاظ.

٣ ـ سدًا لذريعة إدخال المؤذن أذكارًا زائدة علىٰ ألفاظ الأذان.

٤ ـ سدًا لذريعة إرباك المؤذن في الألفاظ، فقد يؤذن ببعض هذه الأذكار ويكررها.

هل يكون الرجل مصرفًا لزكاته إذا أخذها الساعي منه؟

القاعدة تشير إلىٰ الجواز ولكن القرينة منعت. قال عمر ﵁: حملت علىٰ فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه وظننت أنه يبيعه برخص، فسألت النبي ﷺ فقال: «**لا تشتره وإن أعطاكه بدرهم، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه**»[٢]. قال أبو بكر: مذهب أحمد لا يحل له أخذها.

❊ هل يكون الرجل مصرفًا لكفارة نفسه؟

القاعدة تشير إلىٰ الجواز ولكن القرينة منعت:

١ ـ وهو حديث عمر ﵁، وقول النبي ﷺ له في شراء فرسه الذي تصدق به: «**لا تشتره، وإن أعطاكه بدرهم واحد، فإن العائد في صدقه كالكلب يعود في**

(٢) المجموع شرح المهذب (١١٨/٣).

(٣) رواه البخاري (٢٦٢٣).

قيئه»(١).

٢ ـ الكفارة تطهير لذنبه، وعقوبة له. فكيف يتناولها وهو معاقب، وهي واجبة عليه لا له إذ «القصد إشعار المكفر بألم حين يخرج جزءًا من ماله كفارة عن الذنب الذي ارتكبه»(٢) ولا يتحقق ذلك إذا أطعم نفسه وكافأها؛ فإذا انتفت العلة انتفىٰ الحكم.

مسألة: أما حديث المجامع في نهار رمضان لما أمره النبي ﷺ أن يطعم ستين مسكينًا كفارة لوطئه أهله. قال: لا أجد. فأعطاه النبي ﷺ عرق «مكتل» فيه تمر فقال له ﷺ: «**خذ هذا فتصدق به**». فقال الرجل: علىٰ أفقر مني يا رسول الله؟ فوالله ما بين لابتيها أهل بيت أفقر من أهل بيتي. فقال ﷺ: «**أطعمه أهلك**»(٣).

فالجواب:

١ ـ لم يقل له النبي ﷺ: أطعمه نفسك، وإنما قال: «**أطعمه أهلك**».

٢ ـ دل الحديث علىٰ جواز أن يصرف الكفارة لأهله إذا كان عاجزًا عن نفقتهم.

٣ ـ أصح الروايات: «**أطعمه أهلك**»(٤).

---

(٢) رواه البخاري (٢٦٢٣).

(٣) الموسوعة الفقهية (٥/١٠٣).

(٤) رواه البخاري (١٩٣٦، ١٩٣٧).

(١) رواه شعيب (البخاري ١٩٣٦) ومعمر (البخاري ٢٦٠٠) وابن عيينة (البخاري ٦٧٠٩ ومسلم ١١١١) ومنصور (البخاري ١٩٣٧) بهذا اللفظ عن الزهري. وفي رواية ابن عيينة: «خذه فأطعمه عيالك»، واختصرها الأوزاعي بلفظ: «خذه»؛ البخاري (٦١٦٤). وخالفهم إبراهيم بن سعد كما عند البخاري (٥٣٦٨، ٦٠٨٧) بلفظ: «فأنتم إذاً»؛ قال صالح جزرة: حديثه عن الزهري ليس بذاك؛ لأنه كان صغيراً حين سمع من الزهري (التهذيب)؛ وهذا الحديث رواه عن الزهري. وأما ما رواه النسائي (٣١٠١) من طريق ابن أبي أويس عن سليمان بن بلال بلفظ: «كُلْه»؛=

٤ ـ وقد يدخل فيه تبعًا، أما الأصل فهو لأهله.

٥ ـ يغتفر في التبع ما لا يغتفر في الأصل.

إذا قيل كيف يأكل أهله وهو لا يأكل معهم، فلا بد أن يأكل معهم؟ يقال: نعم يجوز، فيرجع إلى القاعدة الفقهية: «التبع له حكم الأصل»، فالنبي ﷺ جعل الأصل في أهله وإنما أتى هو تبعًا، فلو كان تبعًا لا يضر، وكذلك لما جعل عمر رضي الله عنه الفرس صدقة لله عز وجل لغيره، فليس معنى هذا أنه لا يجوز لعمر أن يركب عليه، لكن لا يأخذه هو كأصل، فإذا كان الأصل لغيره وهو تبع فلا مانع من ذلك، وكما حصل للنبي ﷺ عندما تُصدق على بريرة بلحم، والنبي ﷺ أكل من هذا اللحم، فقالت عائشة رضي الله عنها: يا رسول الله، هي صدقة تُصدق بها على بريرة. فقال: «**هو لها صدقة ولنا هدية**»[1] فلما ملكته بريرة أضحى ملكاً مباحاً لها، فأهدته للنبي ﷺ فقبله فأمسى هدية له، إذن هو تبع وليس أصلًا ويغتفر في التبع ما لا يغتفر في الأصل، فكذا هنا يعتبر صدقة لأهل هذا المجامع في نهار رمضان.

❊ هل يكون الواقف مصرفًا لوقفه؟

من صورها: أن يقول: هذه العمارة وقف ريعها على طلبة العلم. وكان هو من

= فابن أبي أويس وإن وثقه ابن معين فقد قال فيه النسائي: ضعيف. وفيه سليمان بن بلال وقد خالف المجموع. ورواه أبو قرة طارق بن موسى اليماني (الفتح ٤/١٧١) عن ابن جريج بلفظ: «كُلْه»؛ لكن أبا قرة محله الصدق ويغرب وقد خالف عبد الرزاق كما عند مسلم (١١١١) وخالف أبا عاصم ومحمد بن بكر كما عند ابن خزيمة (١٩٤٣) ولم يذكروا لفظ: «كله». ولكن خالف الجميع مالك فرواه بالتخيير بين عتق رقبة أو صيام شهرين أو إطعام ستين مسكيناً وبلفظ: «كُلْه»، فهي رواية شاذة. أما لفظ: «كُلْها وأنفقها على عيالك»، فكل من رواها هكذا ففيه ضعف لا يحتمل مخالفته للثقات الأثبات، فممن رواها هكذا ابن إسحاق والحجاج بن أرطأة وهشام بن سعد وعبد الجبار بن عمر.

(١) رواه البخاري (٢٥٧٧) ومسلم (١٠٧٤).

طلبة العلم.

وهذه المسألة لها ثلاث أحوال:

الحالة الأولىٰ: أن تكون نيته لغيره جزمًا لما وقفه.

الحالة الثانية: أن ينوي إدخال نفسه مع سائر طلبة العلم.

الحالة الثالثة: لم يخطر علىٰ قلبه إدخال نفسه ولا إخراجها.

التفصيل

الحالة الأولىٰ: أن يكون ناويًا إخراج نفسه؛ فلا يدخل في مصرف الوقف.

الحالة الثانية: أن ينوي إدخال نفسه؛ فلا بأس.

۞ الأدلة

أ ـ الصدقة تنقسم إلىٰ قسمين:

❊ **القسم الأول:** الصدقة الواجبة نوعان:

الأول: واجبة تطهيراً. وهي التي وجب عليه إخراجها تطهيرًا للمال أو من الذنب؛ كالزكاة، والكفارات، فهذه لا يجوز له أن يستعملها ولا يجوز تناولها إلا أن يكون تبعاً لا أصلاً. أما الزكاة فقد بين الله تعالىٰ مصارفها إضافة إلىٰ أنه أخرجها من ماله ليطهره فكيف يستعملها كأنها ماله. وأما الكفارة فهو يكفر بها عن ذنبه فكيف يتناولها؛ كأنه ما أخرجها.

الثاني: أخرجها شكرًا أو قربة محضاً، فهو داخل فيها يجوز أن يستعملها. مثل هدي الحج أو العمرة، فإذا حج متمتعًا فأهدىٰ جاز له أن يأكل من هدي الحج، وكذا النذور.

❋ **القسم الثاني**: صدقة التطوع؛ وهي نوعان:

الأول: أن يخرجها لغيره، فلا يجوز أن يعود فيها؛ كما قال النبي ﷺ: «**العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه**»(١).

الثاني: إذا لم يخص غيره فهي صدقة عامة؛ فلا بأس أن يأكل منها؛ كالأضاحي والهدايا إلىٰ الحرم، ومنها الوقف.

الأدلة على جواز الانتفاع بصدقته

١ ـ قال النبي ﷺ: «**ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك**»(٢)، فلا بأس أن يتصدق الإنسان علىٰ نفسه.

٢ ـ قال النبي ﷺ: «**ما أنفق الرجل علىٰ نفسه وأهله وولده وخادمه فهو له صدقة**»(٣)، والوقف نوع من أنواع الصدقة.

٣ ـ بئر رومة. قال النبي ﷺ: «**من يشتري بئر رومه فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة**»(٤). فاشتراها عثمان رضي الله عنه وجعلها وقفًا لله عز وجل، فشرب منه وجعل لنفسه حق الانتفاع منها.

٤ ـ وقف عثمان رضي الله عنه أرضاً للمسجد النبوي وجعله مسجدًا وهو يصلي فيه.

٥ ـ وقف المساجد، من وقف أرضًا مسجدًا لله تعالىٰ وبناها مسجدًا؛ فبالإجماع

---

(٢) رواه البخاري (٢٥٨٩).

(٣) رواه مسلم (٩٩٧).

(٤) رواه ابن ماجه (٢١٣٨) وصححه الألباني.

(٥) ذكره البخاري تعليقاً انظر البخاري (٢٧٧٨، ٣٦٩٥)، ورواه الترمذي (٣٦٩٩)، والنسائي (٣١٨٢)، وحسنه الألباني في الإرواء (٦/٣٨).

يجوز له أن يصلي فيه، والمسجد النبوي شاهد على هذا.

٦ ـ عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلًا يسوق بدنة فقال: «**اركبها**»، فقال: يا رسول الله، إنها بدنة. [أي جعلتها للحرم]، فقال: «**اركبها ويلك**»[(١)].

فالبدنة مهداة إلى الحرم فهي وقف على الحرم، فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم لصاحبها الانتفاع بها.

٧ ـ أعتق النبي صلى الله عليه وسلم صفية رضي الله عنها وجعل عتقها صداقها[(٢)]. والعتق قربة فانتفع من عتقها لنفسه بدلًا من المهر[(٣)].

٨ ـ لما وقف عمر رضي الله عنه وقفه اشترط: «لا جناح على من وليه أن يأكل منه»، فكان الوقف في يد عمر رضي الله عنه إلى أن مات[(٤)].

٩ ـ العتيق يخدم معتقه ويرثه معتقه.

١٠ ـ وقف أنس رضي الله عنه دارًا فكان أنس إذا قدم نزل هذه الدار[(٥)].

فهذه صور للانتفاع بعتق القربة.

وهو قول أبي حنيفة وأحمد، والبخاري، وصنف شيخ البخاري جزءاً في ذلك، وابن تيمية[(٦)]، ورجحه ابن القيم[(٧)].

(٢) رواه البخاري (١٦٨٩)، ومسلم (١٣٥٢).
(٣) رواه البخاري (٥٠٨٦).
(٤) نيل الأوطار (٦/١٣١ ـ ١٣٢).
(٥) رواه البيهقي (٦/١٦٠) بسند صحيح.
(٦) ذكره البخاري تعليقا (٢٧٧٨)، ووصله البيهقي (٦/١٦١).
(٧) ابن تيمية في الاختيارات (٨/١١١ ـ ١١٥).
(١) الأعلام (٢/٢٩) (٣/٣٧٣).

الحالة الثالثة: أن يوقفه ولم ينو إخراج نفسه من الوقف ولا إدخالها؛ جاز له الانتفاع به.

الدليل

١ ـ الأصل دخوله في الوقف، كمن وقف المسجد أو بئرًا للمسلمين وهو منهم.

٢ ـ الصحابي الذي أهدىٰ هديًا إلىٰ الكعبة، ولم يثبت أنه أخرج نفسه منه، فأمره النبي ﷺ أن ينتفع به.

٣ ـ الأصل في القاعدة أنه داخل في الحكم الشرعي.

٤ ـ وقف عمر رضي الله عنه وقد انتفع هو به.

أما إذا كان الخطاب من المكلِّف إلىٰ المكلَّف فإن الفاعل لا يدخل فيه إلا لقرينة؛ وقد سبق بيانه بحمد الله تعالىٰ.

(والوكيل في البيع والشراء؛ هل له البيع والشراء من نفسه؟) مثال: وكل شخصاً في بيع أرض له، وقال له: إذا وجدت سعرًا مناسبًا فبعها. فعرضها الوكيل للبيع فقيمت بسعر ما، فقال الوكيل: أنا أشتريها بنفس السعر؛ فهل يجوز له أم لا؟ لا يجوز له أن يفعل هذا إلا إذا استأذن الموكل فأذن له.

۞ الأدلة

١ ـ الأصل في القاعدة أنه لا يجوز له الشراء لنفسه إلا لقرينة. كما لو قال السيد التميمي لخادمه التميمي: لا تدع أحدًا من بني تميم يدخل بيتي. فإن السيد والخادم غير داخلين في الخطاب.

٢ ـ خشية المحاباة حقيقة في ثمن السلعة[١] إذ من طبيعة النفس أن تغض الطرف عن نفسها.

٣ ـ سدًا لذريعة محاباة النفس[٢]، وربما لا تحصل محاباة ولكن سدًا للذريعة.

٤ ـ درءًا للتهمة[٣]. لئلا يظن الموكل أن الوكيل خانه فيصبح هدفًا متهمًا بالرغم من براءته.

٥ ـ الموكل جعله بائعًا، فلا يكون مشتريًا[٤]. فدل على إخراجه من جملة المشترين.

٦ ـ لو أراد ذلك لصرح الموكل بإدخال الوكيل[٥].

أما إذا أذن له جاز.

(وشراء الوصي لليتيم من ماله) وهذا التكليف من قِبل الناس وليس من قِبل الشارع، كأن يكون للوصي متجراً للثياب، فاحتاج اليتيم ثوبًا؛ فهل يجوز للوصي أن يشتري لليتيم ثوبًا من مخزن الوصي؟

الجواب

١ ـ لا يصح، لما سبق من الأدلة، وهو الأصل.

٢ ـ إلا لقرينة. كأن يأذن له الحاكم، أو يشهد ذوو المعرفة والوجاهة في السوق

(٢) القواعد (٢/٣٣).
(٣) القواعد (٢/٤٠).
(٤) القواعد (٢/٣٣).
(٥) القواعد (٢/٣٣).
(١) القواعد (٢/٣٩).

أن هذه الثياب بهذه الأسعار هي الأنسب لليتيم.

(والوكيل في نكاح امرأة لا يتزوجها) الأصل فيها المنع لما سبق إلا لقرينة، منها أن يأذن له وليها.

رجل يريد السفر فوكل صاحبه في تزويج ابنته وقال له: انظر رجلاً صالحاً فزوجها منه. فأراد الوكيل أن يتزوجها؛ فهل يجوز له ذلك؟ الأصل أنه لا يجوز؛ لما سبق من الأدلة السابقة إلا لقرينة كأن يأذن له وليها.

(وإذا عمل أحد الشريكين في مال الشركة عملًا يملك الاستئجار عليه، ودفع الأجرة؛ فهل له أن يأخذ الأجرة أم لا؟) شريكان في تجارة ما بحثا عمن يؤدي لهما هذه المهمة وله أجرة، فأدىٰ أحد الشريكين تلك المهمة؛ فهل له أن يأخذ الأجرة؟

شريكان يملكان عمارة، واتفقا علىٰ تسويق الشقق للاستئجار، فإذا استؤجرت أي شقة علىٰ يد أحدهما فله فيها مكافأة، فاستأجرها أحد الشريكين؛ هل له أن يأخذ المكافاة؟

الجواب:

الأصل كما سبق، أن المقصد تسويق استئجارها وهو تأجيرها علىٰ الغير، وبذل الوسع في تسويقها ليأخذ عليها أجرًا. فإذا أذن له في الاستئجار لم يؤذن له بالمكافأة إلا لقرينة، كأن يأذن له الشريك أو يكونا اتفقا علىٰ ذلك؛ جاز.

(والموصىٰ إليه بإخراج مال لمن يحج أو يغزو؛ ليس له أن يأخذه ويحج به ويغزو): الأصل المنع، إلا لقرينة تدل أن الموصي يقبل به.

قال رجل لصاحبه: أوصي من ثلث مالي أن تجعله للحجاج والعمار. فأراد

الوصي أن يحج من مال الوصية ؛ فهل يجوز ؟ الأصل المنع إلا لقرينة تدل على أن الموصي يرضى به.

(والمأذون له أن يتصدَّق بمال إذا كان من أهل الصدقة) هل له أن يأخذ منه لنفسه إذا كان من أهل الصدقة ؟

أذن لخادمه أن يعطي المحتاجين إذا أتوا بيت السيد، والخادم محتاج، فهل له أن يأخذ من هذه الصدقة ؟ الأصل المنع إلا لقرينة ؛ كأن يأذن له سيده.

(وإذا وكل غريمه أن يبرئ غرماءه) والوكيل أحد الغرماء هل له أن يبرئ نفسه ؟

لا يصح لما سبق من الأدلة، لا سيما إذا كان سائر الغرماء دينهم قليل، بينما الوكيل دينه كثير. إلا لقرينة ؛ كأن يقول المالك: أريد أن أبرئ جميع غرمائي، وحل موعد أداء الدين والمالك لديه ما يكفي لإبراء الغرماء، أو صرح له بذلك، أو كان هو الغريم الوحيد.

(والأموال التي تجب فيها الصدقة شرعًا للجهل بأربابها كالغصوب والودائع ؛ لا يجوز لمن هي في يده الأخذ منها على المنصوص) هل يجوز لمن هي في يده الأخذ منها ؟

أما الودائع: فالوديع الأمين ما هو إلا وكيل، وقد سبق البيان أن الوكيل في الصدقة لا يجوز له الأخذ منها إلا لقرينة.

أما الغصوب فهي قسمان:

الأول: التي لم يتب غاصبوها، أو تابوا ولكن مازال جاري البحث عنهم للإمساك بهم ؛ فلا يجوز لهم الأخذ منها.

١ ـ لو جعلناها كالودائع لما جاز الأخذ منها؛ فكيف بالغاصب المعتدي وهو ليس وكيلًا، ولا يجوز له التصرف في مال المالك، بل عليه إرجاع المال إلىٰ مالكه.

٢ ـ وهو أولىٰ بكل الموانع المذكورة من تهمة ومداراة وسد للذريعة وغيرها.

٣ ـ القاعدة «من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه». هو أولىٰ من تطبق عليه القاعدة.

٤ ـ الرخص لا تناط بالمعاصي.

٥ ـ هو غاصب للمال، فهو غاصب للصدقة.

الثاني: التي تاب غاصبوها بعد ما توقف البحث عنهم واندرس. فهذه المسألة فيها تفصيل ليس هذا موضعه.

(ومنها: لو وصَّىٰ لعبده بثلث ماله دخل في الوصية ثلث العبد نفسه فيعتق عليه، نص عليه، ويكمل عتقه من باقي الوصية) لو وصىٰ لعبده بثلث ماله ملك العبد ثلث نفسه، أي ثلث نفسه حر. فإذا كان ثلث مال الموصي يعادل قيمة العبد أو أكثر؛ دخل العبد في الثلث الذي ملكه إياه الموصي فيكمل عتقه من باقي الوصية؛ إذ القرينة دلت عليه:

١ ـ لقول النبي: «من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركاً له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق»[1].

٢ ـ لأن العبد يملك من الوصية باقي الثلث وهي تعدل قيمته أو أكثر، فاشترىٰ نفسه بما ملكه إياه سيده.

---

(١) رواه البخاري (٢٥٢٤).

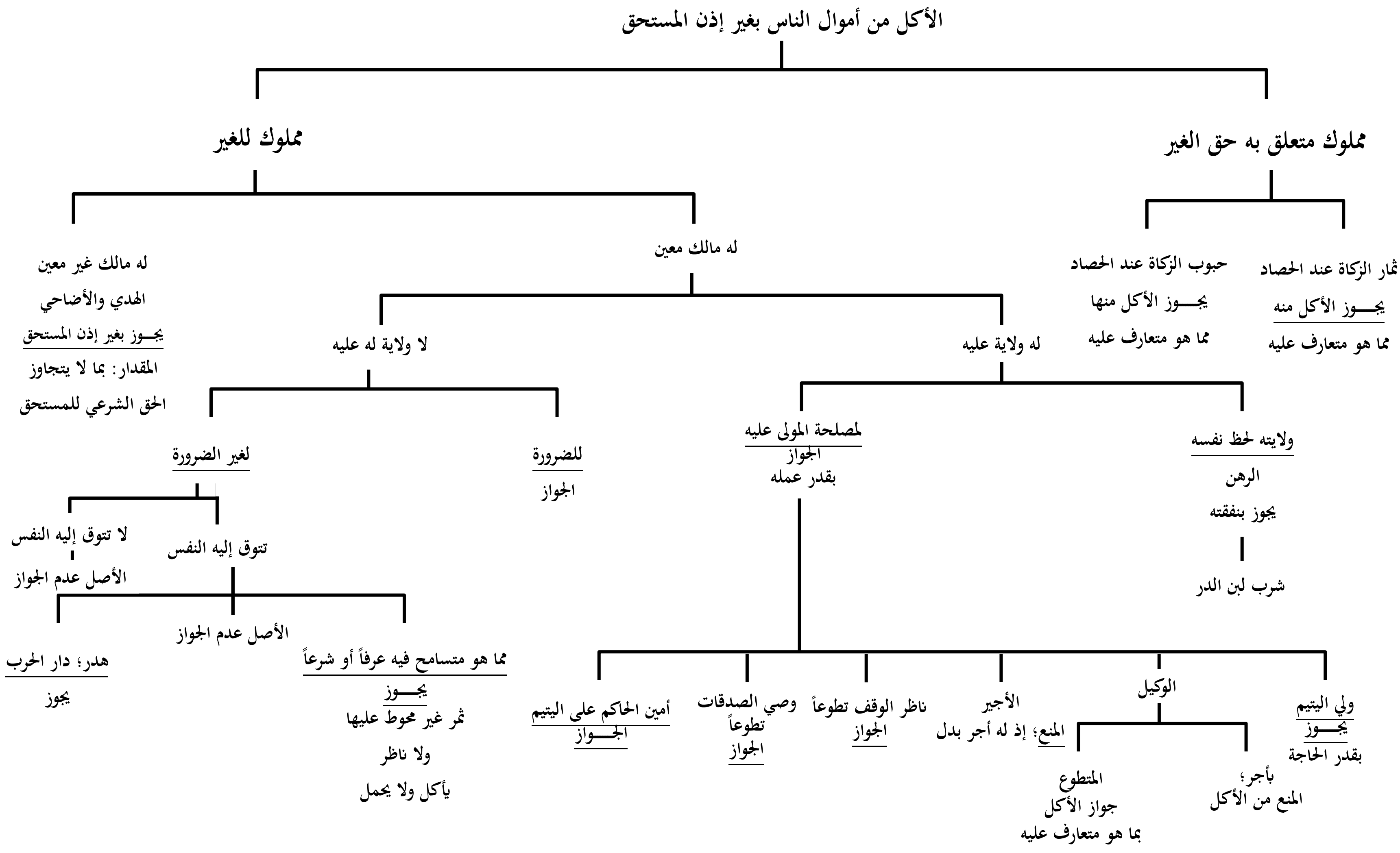
۞ **المُلَخَّص: الفعل المتعدي إلىٰ مفعول أو المتعلق بظرف أو مجرور إذا كان مفعوله أو متعلقه عاماً:**

فإن كان الخطاب من الشارع: فإن الفاعل الخاص يدخل فيه إلا لقرينة.

وإن كان الخطاب من مخلوق إلىٰ آخر: فإن الفاعل الخاص لا يدخل فيه إلا لقرينة.

❑ ❑ ❑

القاعدة الحادية والسبعون



۞ المَتْن

القاعدة الحادية والسبعون

فيما يجوز له الأكل منه من أموال الناس بغير إذن مستحقها، وهي نوعان: مملوك تعلق به حق الغير، ومملوك للغير.

فأما الأول: فهو مال الزكاة، فيجوز الأكل مما تتوق إليه النفوس ويشق الانكفاف عنه من الثمار بقدر ما يحتاج إليه من ذلك، ويطعم الأهل والضيفان ولا يحتسب زكاته، ولذلك يجب على الخارص أن يدع الثلث أو الربع بحسب ما يقتضيه الحال من كثرة الحاجة وقلتها كما دلت عليه السنة، فإن استبقيت ولم تؤكل رطبة رجع عليهم بزكاتها.

وأما الزروع: فيجوز الأكل منها بقدر ما جرت به العادة بأكله فريكًا ونحوه؛ نص عليه أحمد، وليس له الإهداء منها. وخرَّج القاضي في الأكل منها وجهين من الأكل من الزروع التي ليس لها حافظ.

وأما الثاني: فينقسم إلى ما له مالك معين، وإلى ما له مالك غير معين.

فأما ما له مالك غير معين كالهدي والأضاحي؛ فيجوز لمن هي في يده وهو المُهدي والمُضحي أن يأكل منها ويدَّخر ويهدي. وهل يجوز أكل أكثر من الثلث أم لا؟ على وجهين: أشهرهما الجواز.

وأما ما له مالك معين، فهو نوعان:

أحدهما: أن يكون له عليه ولاية، فإن كانت الولاية عليه لحظ نفسه كالرهن فإنه يجوز له الأكل مما بيده إذا كان درًّا، والانتفاع بظهره إذا كان مركوبًا لكن بشرط أن يعاوض عنه بالنفقة.

وإن كانت الولاية لمصلحة المولىٰ عليه، فالمنصوص جواز الأكل منه أيضًا بقدر عمله، ويتخرج علىٰ ذلك صور:

منها: ولي اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله؛ وهل يرده إذا أيسر؟ علىٰ روايتين، وأمين الحاكم أو الحاكم إذا نظر في مال اليتيم، وناظر الوقف والصدقات. والوكيل والأجير؛ والمعروف منعهما.

النوع الثاني: ما لا ولاية له عليه، فيجوز الأكل منه للضرورة بلا نزاع. وأما مع عدمها فيجوز فيما تتوق إليه النفوس مع عدم الحفظ والاحتراز عليه، وذلك في صور:

منها: الأكل من الأطعمة في دار الحرب، وإطعام الدواب المعدَّة للركوب، فإن كانت للتجارة أو التصيد بها ففيها وجهان.

ومنها: إذا مرَّ بثمرة غير محوط عليها ولا عليه ناظر فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها، ولا يحمل؛ علىٰ الصحيح من المذهب، ولا فرق بين المتساقط بالأرض والذي علىٰ الشجر.

۞ الشَّرْح

(فيما يجوز له الأكل منه من أموال الناس بغير إذن مستحقها)

أولاً لدينا قسمان من الناس:

❊ **القسم الأول**: من يستحق أموالاً كاليتيم ومالك ثمار لم تحوّط.

❊ **القسم الثاني**: من يجوز أن يأكل من هذه الأموال ولم يستأذن من القسم الأول، ولكنه يأكل منها إما بالإذن الشرعي أو بالإذن العرفي أو للضرورة أو مقابل حفظ

المال بلا أجر أو مقابل **نفقته** على المال أو لكونه هدراً. وهذا القسم نوعان.

(وهي نوعان: مملوك تعلق به حق الغير)

النوع الأول: مملوك تعلق به حق الغير، كالثمار والحبوب الزكوية التي بلغت النصاب، فهي مملوكة لمالك النصاب، وتعلق بها حق الفقراء وهو الزكاة. فهل يجوز للمالك عند الجذاذ قبل نقلها إلى البيدر مخزن الثمار أن يأكل منها ويطعم الجيران ومن حضر الجذاذ؛ ولا يحتسب منه الزكاة؟ يجوز الأكل منه مما تتعلق به النفوس.

(ومملوك للغير)

النوع الثاني: مملوك للغير، كالناظر على اليتيم والمرتهن وناظر الوقف والمضطر وغيرهم؛ هل يجوز لهم أن يأكلوا من تلك الأموال؟

(فأما الأول) وهو المملوك الذي تعلق به حق الغير.

(فهو مال الزكاة. فيجوز الأكل مما تتوق إليه النفوس ويشق الانكفاف عنه من الثمار بقدر ما يحتاج إليه من ذلك) يجوز للمالك الأكل من النصاب. إذ تتعلق النفوس بالثمر، فيأكل منه ولا يحتسب زكاة المأكول.

مثال: يجب عليك أن تزكي ثمر النخل إذا بلغ النصاب، فإن كان النخل سُقي بماء السماء أخرجت العُشر، فالعُشر يستحقه الأصناف الثمانية للزكاة، والشريعة أذنت لك قبل أن تنقل الثمر إلى مخزنه (البيدر) أن تأكل منها وتهدي الجيران والذين يأتون وقت الجذاذ، فما تبقى ونقل إلى البيدر حسبت زكاته؛ هذا على قول.

وقد قال الله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ حَقَّهُۥ يَوۡمَ حَصَادِهِۦ﴾ وورد فيه حديث: «**أسقط ربعها**

أو ثلثها» ، لكن الحديث ضعيف لا يصح ، لذلك قال الإمام أحمد: الربع أو الثلث كثير. ولكن هذا بحسب أعراف الناس ، فيسقط عامل الزكاة هذا القدر ، والباقي يحسب عليه الزكاة.

وهذا القدر الذي أسقطه ؛ الأصل فيه أن في عُشْرِهِ زكاة ؛ فهو مملوك متعلق به حق الغير وهم مصارف الزكاة الثمانية فعليه أن يستأذن الفقراء أو المساكين أو من مستحقي العشر عامة وهم الأصناف الثمانية. لكن الشارع تجاوز عنه ؛ فأذن فيه.

بينما **القول الآخر**: تجب الزكاة في جميعه ؛ فيدخل في النوع الثاني مما له مالك معين ، ولا ولاية عليه ، ولغير الضرورة ، وليس المال هدراً ، ولكن مما تتوق إليه النفوس ومتسامح فيه عرفاً ؛ كالأطعمة في دار الحرب ، وسيأتي بيانه بإذن الله تعالىٰ.

س: علىٰ القول الأول: ماذا لو أراد توزيع المقدار المتروك له من النصاب ولم يأته أحد ، أو وزع جزءاً منه وبقي جزء آخر ؛ فماذا يفعل بالمتبقي ؟

يرجعه إلىٰ الأصل ويُخرج منه العُشر زكاةً ؛ لذا قال المصنف: «فإن استبقيت ولم تؤكل رطبة رجع عليهم بزكاتها» أي يُخرج منها العُشر.

(**ويطعم الأهل والضيفان ولا يحتسب زكاته**) فالأصل أن هذا الثمر المأكول جزء من النصاب. فيجب أن تحتسب زكاته لأنه حق الفقراء ومستحقي الزكاة. لكن الشارع أباح أكله دون إذن الفقراء مسامحةً ؛ فجاز الأكل من الأموال بغير إذن مستحقيها.

(**ولذلك يجب علىٰ الخارص أن يدع الثلث أو الربع بحسب ما يقتضيه الحال من**

كثرة الحاجة وقلتها) أن يدع في خرصه من النصاب الثلث أو الربع فلا يحتسب زكاته. فلو كان المال كله (٦٠٠) وسقًا، فإنه يدع ثلثه وهو (٢٠٠) وسق فلا يحتسب زكاته، وإنما يحتسب فقط زكاة (٤٠٠) وسق. أو يدع ربع الـ(٦٠٠) وسق وهو (١٥٠) وسقًا، فيحتسب عليه زكاة (٤٥٠) وسقًا؛ بحسب الحال، ويقدره الخارص. فقد يكون الحضور كثيراً عند الجذاذ فيلغي الثلث من خرصه، وقد يكون الحضور أقل فيلغي الربع من خرصه ولا يحتسبه عليه.

(كما دلت عليه السنة)

١ ـ قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِىٓ أَنشَأَ جَنَّـٰتٍ مَّعْرُوشَـٰتٍ وَغَيْرَ مَعْرُوشَـٰتٍ وَٱلنَّخْلَ وَٱلزَّرْعَ مُخْتَلِفًا أُكُلُهُۥ وَٱلزَّيْتُونَ وَٱلرُّمَّانَ مُتَشَـٰبِهًا وَغَيْرَ مُتَشَـٰبِهٍ ۚ كُلُوا۟ مِن ثَمَرِهِۦٓ إِذَآ أَثْمَرَ وَءَاتُوا۟ حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ ۖ وَلَا تُسْرِفُوٓا۟ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ﴾[1].

قال مجاهد: إذا حضرك المساكين طرحت لهم منه. فيعطيهم القبضة ويتركهم يتبعون آثار الصرام (أي آثار الجذاذ مما تساقط من الثمر). ا. هـ. وهذا عند الحصاد لتعلق النفوس بالثمار عند الجذاذ فلا يحتسب من الزكاة.

٢ ـ روى عبد الرحمن بن مسعود بن نيار، قال: جاء سهل بن أبي حثمة إلى مجلسنا، فحدث أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا خرصتم فخذوا ودعوا الثلث، فإن لم تدعوا الثلث فدعوا الربع**»[2].

لكن الحديث ضعيف، تفرد به عبد الرحمن بن مسعود بن نيار ولم يوثقه إلا ابن

---

(٢) [الأنعام: ١٤١].

(٣) رواه أحمد (٤٤٨/٣) وأبو داود (١٦٠٥) والترمذي (٦٤٣) والنسائي (٤٢/٥)، وصححه ابن خزيمة (٢٣١٩ ـ ٢٣٢٠)، وابن حبان (٣٢٨٠/٨)، والحاكم (٤٠٢/١).

حبان، ولم يرو عنه إلا خبيب بن عبد الرحمن. وقال ابن القطان: لا يعرف حاله، وضعفه الألباني في السلسلة[١].

لذا القول الآخر أن الثلث والربع كثير، وإنما يترك منه ما هو متعارف عليه لنفسه ولأهله وجيرانه، ولمن حضر الحصاد ولمن يهديه.

(فإن استبقيت ولم تؤكل رطبة رجع عليهم بزكاتها) فالربع أو الثلث الذي لم يحتسب من الزكاة إذا بقي منه شيء ولم يؤكل رطبًا فإنه يدخل في المال الزكوي لانتفاء العلة.

(وأما الزروع) وهي الحبوب كالقمح والشعير والأرز.

(فيجوز الأكل منها بقدر ما جرت به العادة بأكله فريكًا ونحوه؛ نص عليه أحمد) فريكًا أي وهو صالح لأن يفرك فيؤكل. ففي الزروع: يخرج من حساب الزكاة ما يقدِّر أكله مباشرة بأن يفرك ويؤكل، لا أن يخبأ للضيفان أو يهدىٰ، لذا قال المغني: وفي الزرع إنما يؤكل شيء يسير لا وقع له[٢].

(وليس له الإهداء منها) فليس كالثمرة؛ لأن النفوس تتوق إلىٰ أكل الثمرة رطبة.

(وخرَّج القاضي في الأكل منها وجهين من الأكل من الزروع التي ليس لها حافظ) ففي الأكل من الحبوب وجهان:

الوجه الأول: له الأكل. فقال: أسقط الإمام أحمد عن أرباب الزرع الزكاة في مقدار ما يأكلون كما أسقط من الثمار، وجعل الحكم فيهما سواء.

الوجه الثاني: ليس له الأكل. قال: يُحسب عليه ما يأكله، ولا يُترك له منه شيء،

---

(٢) السلسلة الضعيفة (٢٥٥٦).

(٣) المغني (٥٧٢/٢).

فالحب ليس في معنىٰ الثمرة(١). فالثمار تتوق إليها النفوس، بخلاف الحبوب التي تجري الزكاة عليها جميعاً فتُخرج عُشرها مما أكل وأهدي ومما لم يؤكل ولم يهد.

تنبيه: لربما سقطت «الواو»؛ إذ ورد في الإنصاف: «وخرج القاضي في جواز الأكل منها وجهين:

من الأكل. ومن الزرع الذي ليس له خليط(٢).

(وأما الثاني: فينقسم إلىٰ

١ ـ ما له مالك معين؟

٢ ـ وإلىٰ ما له مالك غير معين.

فأما ما له مالك غير معين كالهدي والأضاحي) فهو غير مختص بفئة معينة كمصارف الزكاة وإنما لجميع المسلمين، فالمالك غير معين: فلا مانع من أن يأكلوا بإذن القائم عليها، ولا يلزم استئذان كل المسلمين، سواءً كان الآكل المهدي أم غيره لقول الله تعالىٰ للمضحين والمهدين: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْبَآئِسَ ٱلْفَقِيرَ﴾(٣)، وقال تعالىٰ: ﴿فَكُلُوا۟ مِنْهَا وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾(٤). ويدخل في ذلك الوقف العام منه: ماء السبيل أو طعام السبيل.

(فيجوز لمن هي في يده وهو المُهدي والمُضحي أن يأكل منها ويدَّخر ويهدي)

نوقش:» إن الله تعالىٰ جعل المضحي مالكًا لها، وجعل له حق في الأكل منها،

(٢) الإنصاف (٣/٨١).
(٣) الإنصاف (٣/٨١).
(٤) [الحج: ٢٨].
(١) [الحج: ٣٦].

فلا تتحقق فيه القاعدة بأنه يأكل من أموال الناس بغير إذن مستحقيها لأنه أحد مستحقيها.

(وهل يجوز أكل أكثر من الثلث أم لا؟ على وجهين: أشهرهما الجواز)

الوجه الأول: عدم جواز أكل المضحي أكثر من ثلثها.

الدليل

١ ـ روى ابن عباس في صفة أضحية النبي ﷺ قال: ويطعم أهل بيته الثلث، ويطعم فقراء جيرانه الثلث، ويتصدق على السؤال بالثلث(١).

٢ ـ ورد من قبل ابن مسعود إذ أمر علقمة أن يأكل الثلث ويرسل إلى أهل أخيه الثلث ويتصدق بالثلث.

٣ ـ ورد عن ابن عمر قال: الضحايا والهدايا: ثلث لك وثلث لأهلك وثلث للمساكين(٢).

نوقش: إذا صح عن النبي ﷺ فهو من فعله، ولا يدل على وجوب الثلث ولا على عدم تجاوز الثلث.

الوجه الثاني: جواز الأكل أكثر من الثلث، وهذا هو المشهور؛ لأن الله ﷻ أطلق المقدار فقال: ﴿فَكُلُواْ مِنۡهَا وَأَطۡعِمُواْ ٱلۡبَآئِسَ ٱلۡفَقِيرَ﴾(٣)، وقال الله ﷻ: ﴿فَكُلُواْ مِنۡهَا وَأَطۡعِمُواْ ٱلۡقَانِعَ وَٱلۡمُعۡتَرَّ﴾(٤). فلم يقيده بالثلث.

---

(٢) رواه أبو موسى الأصفهاني في الوظائف وحسنه. المغني (١١/١٠٩).

(٣) انظر المغني (١١/١٠٨).

(٤) [الحج: ٢٨].

(١) [الحج: ٣٦].

(وأما ما له مالك معين، فهو نوعان)

هذا القسم الثاني: ما له مالك معين، وهو نوعان:

(أحدهما: أن يكون له عليه ولاية)

وله حالتان:

الحالة الأولىٰ: **(فإن كانت الولاية عليه لحظ نفسه كالرهن فإنه يجوز له الأكل مما بيده إذا كان درّاً، والانتفاع بظهره إذا كان مركوبًا لكن بشرط أن يعاوض عنه بالنفقة)** أن تكون ولايته لحظ نفسه؛ كالرهن. يريد أن يشتري سيارة علىٰ أقساط فقال له البائع: اجعل لي رهنًا، فإذا لم تستطع السداد فسأبيع الرهن واستوفي حقي. فرهنه ناقة ثمنها ثلاثة آلاف والسيارة ثمنها ثلاثة آلاف، واتفقا علىٰ أن يسدد مبلغ السيارة خلال عشرة أشهر، فإن لم يسددها إلىٰ الشهر العاشر باع الناقة واستوفىٰ حقه، والناقة في ولاية البائع رهنًا لحظ نفسه أي من أجل مصلحته، والناقة لها مالك معين.

فهل يجوز أن ينتفع البائع بها وأن يشرب من لبنها؟ يجوز بشرط أن يطعمها وينفق عليها، ويركبها أيضًا مقابل ما ينفق عليها لقول النبي ﷺ: «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن الدر يُشرب بنفقته إذا كان مرهونًا**»[1]، فعلىٰ الذي يركب ويشرب النفقة.

أما إذا لم يكن يعلفها وإنما يعلفها صاحبها فلا يشرب منها.

الحالة الثانية: أن تكون ولايته لحظ غيره؛ كاليتيم.

(وإن كانت الولاية لمصلحة المولىٰ عليه؛ فالمنصوص جواز الأكل منه أيضًا

---

(١) رواه البخاري (٢٥١٢).

بقدر عمله، ويتخرج على ذلك صور. منها: ولي اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله، وهل يرده إذا أيسر على روايتين) الولي يستثمر أموال اليتيم فيأكل بقدر حاجته إن كان محتاجًا، فإذا أيسر هل يرد ما أخذه من مال اليتيم؟ روايتان عن الإمام أحمد:

الأولى: أن يرد ما أكله.

الثانية: لا يرد ما أكله.

قال الله ﷻ: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾(١)، فأباح الله ﷻ له أن يأكل بالمعروف، لكن لم يأمره بأن يرد متى ما تيسرت الأمور. الشاهد من هذا أنه أكل من مال يملكه غيره بغير إذنه ولكن له ولاية لمصلحة المالك، فهو قائم على أموال اليتيم لمصلحة اليتيم، فيجوز له أن يأكل بقدر حاجته. وأما الغني فإنه يستعفف.

(وأمين الحاكم أو الحاكم إذا نظر في مال اليتيم) أمين الحاكم إذا نظر في مال اليتيم هل له أن يأكل من مال اليتيم أم لا؟ فعن الإمام أحمد رواية بجواز الأكل منه؛ كعامل الزكاة القائم عليها فإنه يجوز له أن يأكل منها ﴿وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾، وإلا فمن أين يُنْفَق على أمين الحاكم وهو قائم على مال اليتيم؟ فيأكل من مال اليتيم ولكن بالمعروف كما بين الله ﷻ.

(وناظر الوقف والصدقات) ناظر الوقف هو القائم على الوقف، فليس لمصلحة نفسه وإنما لمصلحة الواقف. فيجوز له أن يأكل منه، وكذا القائم على الصدقات لقول الله ﷻ: ﴿وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾(٢)، فالعاملون على الزكاة يجوز أن يأكلوا منها.

---

(٢) [النساء: ٦].

(١) [التوبة: ٦٠].

(والوكيل والأجير؛ والمعروف منعهما) إذا كان وكيلًا بأجر فقد أخذ أجرته، فلا سبيل له إلىٰ أموال الوقف أو أموال الصدقات، فلا يجوز له. وكذا الأجير قد أخذ أجره. أما المتطوع فله أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف قياساً علىٰ ولي اليتيم. فإذا استؤجر لإدارة مال اليتيم فلا يجوز له أن يأكل من مال اليتيم.

(النوع الثاني: ما لا ولاية له عليه) هل يجوز أن يأكل؟ له حالتان:

الحالة الأولىٰ: (فيجوز الأكل منه للضرورة بلا نزاع، وأما مع عدم الضرورة فيجوز فيما تتوق إليه النفوس [بشرط] عدم الحفظ والاحتراز عليه). عند الضرورة يجوز للمضطر أن يأكل من مال غيره حفظاً لنفسه للقاعدة الفقهية «الضرورات تبيح المحظورات».

الحالة الثانية: لغير الضرورة. الأصل عدم جواز الأكل من مال الغير للأدلة المتواترة إلا بالإذن الشرعي أو العرفي أو ما كان هدراً. فالإذن الشرعي أو العرفي عند ترك المال غير محفوظ ولا محروز، وهو مما تتوق إليه النفوس؛ وهذا مما تعورف عليه وقد أذن فيه الشارع.

مثال: مسافر مر علىٰ مزارع تين أو خوخ متروكة ولم تحوط بحائط؛ جاز له الأكل منها لتوقان النفوس لذلك. فمالكها لم يحوطها لأجل ذلك، لأنه لو لم يرد أن يأكل منها أحد لحوطها.

(ومنها: إذا مرَّ بثمرة غير محوط عليها ولا عليه ناظر؛ فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها): فله أن يأكل منها لتوقان النفوس إليها.

(ولكن لا يحمل منها علىٰ الصحيح من المذهب، ولا فرق بين المتساقط بالأرض والذي علىٰ الشجر): سواء أكل من الثمر المتساقط علىٰ الأرض، أم تسلق الشجر

ليقطف منه فلا فرق لأن الإذن متحقق عرفًا ، ولكن لا يتمول منها فلا يحملها معه إلىٰ أهله وسكنه.

۞ الأدلة:

١ ـ عن سمرة بن جندب أن النبي ﷺ قال: «**إذا أتىٰ أحدكم علىٰ ماشية فإن كان فيها صاحبها فليستأذنه ، فإن أذن له فليحتلب وليشرب ، وإن لم يكن فيها أحد فليصوت ثلاثًا ، فإن أجابه أحد فليستأذنه ، فإن لم يجبه أحد فليحتلب وليشرب ، ولا يحمل**»(١).

٢ ـ وعن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «**إذا أتيت علىٰ راعي إبل فناد: يا راعي الإبل ثلاثًا ، فإن أجابك وإلا فاحلب واشرب من غير أن تفسد ، وإذا أتيت علىٰ حائط بستان فناد: يا صاحب الحائط ثلاثًا ، فإن أجابك وإلا فكل**»(٢).

٣ ـ ومما يدل عليه أنه تركه بلا حفظ مع علمه بتوقان النفوس إليه ، فهي قرينة علىٰ إذنه ، فلو كان حريصًا علىٰ ألا يأكل منه أحد لحوطه بحائط ولكنه تركه ؛ وهذا بمثابة الإذن.

٤ ـ ولدلالة العرف عليه للعلم بتسامح النفوس في بذل اليسير.

(منها: الأكل من الأطعمة في دار الحرب)

وهذه صورة ثانية: وهي الأكل من الأطعمة في دار الحرب ولها مالك معين وليست له ولاية عليه ، فهي أشبه بالمباحات من الحطب والحشيش مما لا مالك له ؛ إلا لقرينة مانعة ، فإذا كان المسلم في دار الحرب ولم يحرز الطعام إلىٰ الغنيمة

---

(٢) رواه أبو داود (٢٦١٩) والترمذي وحسنه (١٢٩٦).

(١) رواه أحمد (٨٥/٣) وصححه ابن حبان (٥٢٨١) والألباني في الإرواء (٢٥٢١).

جاز كالثمرة غير المحوّطه. أما إذا أحرز فلا يجوز إلا لضرورة.

(وإطعام الدواب المعدَّة للركوب، فإن كانت للتجارة أو التصيد بها ففيها وجهان) هل يجوز إطعام دوابه في دار الحرب بغير إذن الملاك إذا كان سفره للتجارة أو للتصيد؟ فإذا كان للضرورة أو مال غير محوط ولا محروز جاز. أما إذا كان في غير هذه الأحوال فإن كان للتجارة ففيه روايتان، وإن كان للتصيد ففيه وجهان:

الوجه الأول: يطعم.

الوجه الثاني: ليس له أن يطعم[1].

❁ **المُلَخَّص: الأكل من أموال الناس بغير إذن مستحقها لا يجوز إلا بما هو متعارف عليه، أو إذا كانت له نفقة على المال المذكور، أو يقوم بخدمته بلا أجر، أو يدخل في عموم من أباح لهم الشارع، أو للضرورة.**

❑ ❑ ❑

---

(١) انظر القواعد (٥٢/٣).

القاعدة الثانية والسبعون

اشترط النفقة والكسوة في العقود فعجلت ثم وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة

- **معاوضة**
  - يرجع بما تبقى عن المدة التي لم ينتفع بها
  - كمن استأجر ظئراً فأعطاها أجرة عام نفقة وكسوة ثم فسخ العقد بعد شهرين.
- **غير معاوضة**
  - يرجع بما تبقى مما لم يفت لصالح العقد
  - وكُلّ من يحج عن نذر والده المتوفى وأعطاه نفقة وكسوة رحلة لحج ثم فسخ العقد؛ رجع بما تبقى.
    – إلا إذا كانت القافلة لا ترجع المبلغ المتبقي.

❁ المَتْن

القاعدة الثانية والسبعون

اشتراط النفقة والكسوة في العقود يقع على وجهين: معاوضة، وغير معاوضة.

فأما المعاوضة: فتقع في العقود اللازمة، ويملك فيها الطعام والكسوة كما يملك غيرهما من الأموال المعاوض بها، فإن وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة رجع بما عجَّل منها، إلا في نفقة الزوجة وكسوتها، فإن في الرجوع بهما ثلاثة أوجه: ثالثها يرجع بالنفقة دون الكسوة.

فمنها: الإجارة، والبيع بنفقة العبد، والنكاح.

وأما غير المعاوضة: فهو إباحة النفقة للعامل ما دام متلبِّسًا بالعمل، ويقع ذلك في العقود الجائزة إما بأصل الوضع أو لأنه لا تجوز المعاوضة عنه في الشرع. ويندرج تحت ذلك صور:

منها: المضاربة والشركة والوكالة والمساقاة والمزارعة إذا قلنا بعدم لزومها، وما بقي معهم من النفقة الموجودة والكسوة بعد فسخ هذه العقود؛ هل يستقر ملكهم عليه أم لا؟ يحتمل أن لا يستقر، لأن ما يتناوله إنما هو على وجه الإباحة لا الملك.

ومنها: إذا أخذ الحاج من غيره نفقة ليحج عنه، وإذا أخذ من الزكاة ليحج به.

❁ الشَّرح

(**اشتراط النفقة والكسوة في العقود يقع على وجهين**) أن يشترط طعامه وكسوته على العاقد الثاني؛ فهل يجوز أن يشترط النفقة والكسوة في العقود أم لا؟ وإذا

اشترطها ثم فُسخ العقد ؛ فهل المنفِق يرجع بالنفقة وما تبقىٰ منها أم لا ؟

وهذه المسألة ليست مختصة بالنفقة والكسوة ولكن بأي عطية أو منحة ، ولذا فإن هذه المسألة ربما من المسائل الفقهية. لو اشترطها هل يجوز هذا الشرط أم لا يجوز ؟ ولو فُسخ العقد ماذا يفعل بشرط النفقة أو المنحة أو العطية إذا وقع ؛ هل يرجع به أم لا ؟

هذه لا تعتبر قاعدة وإنما ضابط يتعلق باشتراط النفقة ؛ كنفقة المسكن والمطعم ، وكذلك الكسوة في العقود ؛ كأن يشترط فيقول له: العقد الذي بيني وبينك علىٰ أن يكون عليك الطعام والسكنىٰ أو عليك كسوتي. فعلىٰ وجهين:

الأول: (معاوضة) بأن يكون جزءًا من الأجرة ، كأن يستأجر ظئرًا ترضع ولده ، وأجرتها هو إطعامها وكسوتها. أو يكون جزءًا من الثمن ، كأن يشتري ثوبًا وثمنه أن ينفق علىٰ عبد البائع مدة شهر في سكناه وطعامه وكسوته.

الثاني: (وغير معاوضة) كأن يحج أحدهم عن أحد الأموات ولم يطلب أجرة ، ولكن اشترط علىٰ أهل الميت إطعامه مدة أدائه للحج ليتمكن من الحج عنه. فالنفقة والكسوة المشروطة ليست عوضًا وإنما لإتمام العمل المعقود عليه.

مثال آخر: مستثمر أراد أن يرسل رجلاً ليشتري له بضاعة من بلد ما ، فلم يرض الرجل بأخذ الأجرة ، ولكن اشترط ثمن التذكرة والسكن والطعام فقط ؛ واتفقا علىٰ ذلك ، لا بقصد الأجرة ولكن لإتمام العمل.

(فأما المعاوضة: فتقع في العقود اللازمة) العقد اللازم هو العقد الذي يجب علىٰ العاقدين أن يلتزما به ، ولا يحق لأحدهما أن يفسخ العقد إلا برضا الآخر ؛ كعقد الإجارة ومنها عقد الوكالة بأجر والمساقاة بأجر. والبيع والنكاح: إذ يجب علىٰ

الزوج أن ينفق على زوجته ويكسوها.

(ويملك فيها الطعام والكسوة كما يملك غيرهما من الأموال المعاوض بها) يعتبر الطعام والكسوة جزءًا من العِوض. فيعتبر إطعام الظئر وكسوتها جزءًا من أجرتها، وأن يقوم مشتري الثوب بإطعام عبد البائع وكسوته ويعتبره جزءًا من ثمن الثوب، وذلك بالاتفاق مع البائع.

(فإن وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة رجع بما عجَّل منها) فإذا اتفق مع الظئر على أن ترضع ولده مدة ستة أشهر مقابل إطعامها، فخلال فترة الإجارة ملَّكها طعام ستة أشهر ثم فسخ العقد بعد شهرين؛ فإنه يرجع بطعام الأربعة الأشهر المتبقية لأنه عوض عنها ولكنه عجلها لها، بينما الشهران الأولان قد انتفع برضاعها ولها أجرتها، فلا تستحق عوض الأشهر المتبقية، فيرجع بها.

أما إذا اشترى الثوب بإطعام عبد البائع، ثم ظهر عيب في الثوب فرده فإنه يرجع بكل ما أنفقه على العبد؛ لأنه جزء من العوض ولم ينتفع بالثوب.

(إلا في نفقة الزوجة وكسوتها، فإن في الرجوع بهما ثلاثة أوجه: ثالثها يرجع بالنفقة دون الكسوة) عقد النكاح عقد لازم، ويلزم فيه الإنفاق على الزوجة وكسوتها، قال الله ﷻ: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡۚ﴾[1]، وقال النبي ﷺ: «**لهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**»[2].

فإذا أنفق عليها وكساها ثم فسخ العقد لعيب فيها؛ فهل يرجع بكل ما أنفق عليها

(٢) [النساء: ٣٤].

(١) رواه مسلم (١٢١٨).

وكساها؟ المسألة فيها ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن يرجع بالنفقة والكسوة، على القاعدة.

الوجه الثاني: أن لا يرجع بشيء. لأنها حبست نفسها لأجله، وقامت بخدمته فهو مقابل خدمتها ومنافعها.

الوجه الثالث: أن يرجع بالنفقة دون الكسوة.

والصحيح التفصيل:

١ ـ أما نفقة أيام خدمتها له فلا يرجع بها؛ لأنها بمثابة أجرة الخدمة.

٢ ـ وأما ما عجله لها من النفقة وهي النفقة المتبقية فإنه يرجع بها؛ لأنه لم ينتفع بخدمتها ولم تخدمه، والنفقة مقابل الخدمة.

٣ ـ والسكن كذلك فإنه يرجع به؛ لأنه لم ينتفع بخدمتها المستقبلة، فالنفقة المستقبلة مقابل الخدمة المستقبلة، وهذا التفصيل هو الصحيح؛ لأنه لم يعطها إلا مقابل حبسها عليه، فإذا فُسخ النكاح فما تبقى من نفقتها المستقبلة لا يُعتبر منحة لها؛ إذ الأسباب والدواعي للعقود والتبرعات معتبرة كما سبق ذكره في هدايا العمال وحديث ابن اللتبية. فإذا انتفى السبب انتفى الحكم فهو علة الحكم. فما منحها من طعام أو كسوة لسنة قادمة إلا لكونها زوجة فتُرجع إليه ما تبقى.

٤ ـ أما الكسوة التي استعملتها أيام الخدمة أو أيام الزوجية فلا ترجع بها، وما لم تستعمله فترجعه إليه للعلة المذكورة.

(فمنها: الإجارة) كاستئجار الظئر بطعامها وكسوتها فإنه يرجع بما عجل منها.

(والبيع بنفقة العبد) كأن يبيع ثوبًا ثمنه أن ينفق المشتري على عبد البائع مدة شهر

فإنه يرجع به على التفصيل المذكور.

(والنكاح) لا يحتاج إلى اشتراطهما؛ لأن الشارع أوجب النفقة على الزوجة، وهو عوض عن تسليم المنافع على التفصيل المذكور.

۞ الأدلة

١ ـ هو عقد معاوضة، فإذا فسخ العقد رجع كل عاقد بماله.

٢ ـ إذا كان يتبعض فهو كعقد الإجارة يستحق العاقد ثمن المنفعة التي انتفع بها العاقد الآخر، ولا يستحق ثمن ما لم ينتفع به الآخر.

٣ ـ وكالمصراة حيث يؤدي المنتفع من اللبن صاعاً من التمر ثمن ما انتفع به؛ فيغرم من الطعام والكسوة بقدر ما انتفع به.

٤ ـ الرهن: حيث ينتفع المرتهن من الرهن بقدر ما ينفق عليه؛ فيركب الدابة المرهونة بقدر نفقته؛ فالنفقة بقدر الانتفاع.

٥ ـ ما سبق من تقريره أن الأسباب والدواعي للعقود والتبرعات معتبرة.

٦ ـ الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً. فإذا انتفت علة النفقة والكسوة انتفى حكمها.

(وأما غير المعاوضة: فهو إباحة النفقة للعامل ما دام متلبِّسًا بالعمل) كالحج عن الغير بلا أجرة، ولكن اشترط النفقة ليستطيع القيام بالحج.

مثال: طلب من آخر أن يحج عن أبيه المتوفى، فاشترط المتطوع السكن والطعام وثوب الإحرام منذ خروجه لأداء الحج إلى رجوعه ولا يريد الأجرة عن الحج.

أو الوكالة عن الغير في تحقيق أمر ما بلا أجرة، ولكن اشترط النفقة ليستطيع

القيام بالمهمة.

مثال: مستثمر وكّل صاحبه ليحضر اجتماعا للشركة في بلد آخر بدلاً عنه، فَقَبِل صاحبه بلا أجرة **متطوعاً**، ولكن اشترط على المستثمر ثمن التذكرة والسكن والنفقة، فتعاقدا عليه.

(ويقع ذلك في العقود الجائزة) العقد الجائز هو العقد الذي يحق لأحد الطرفين فسخه دون إذن من العاقد الآخر، كعقد الحج عن الغير بلا أجرة وعقد الوكالة بلا أجرة.

(إما بأصل الوضع) أي تباح النفقة عليه وليست واجبة شرعًا، وليست واجبة لو لم يشترطها، والعقد جائز غير لازم. فهي في الأصل مباحة وليست واجبة.

لو اشترطها ولم يبذلها جاز ذلك لإمكان الفسخ للعاقد الآخر إذا لم يتضرر من ذلك.

(أو لأنه لا تجوز المعاوضة عنه في الشرع) لأنه لا يجوز شرعاً بذل الأجرة أو المعاوضة عن العمل كالأجرة عن الحج؛ فلا يجوز أن يجعل النفقة أجرة له أو ثمنًا.

وكذا المضاربة؛ لأن ربحه من ريع المضاربة، فلا يجوز له تعيين ربحه إلا بالمشاع؛ فلا يجوز أن يطلب أجرته طعامًا أو نفقة، ولكن يجوز له أن يشترط النفقة لا ربحًا وإنما ليستطيع إتمام العمل.

(ويندرج تحت ذلك صور؛ منها: المضاربة) سبق بيان المضاربة وهو أن يدفع رجل ماله لآخر ليتجر له بهذا المال على أنه له نسبة من الأرباح، أو على حسب ما يتفقان عليه من الربح ولا يعين الأجرة.

(والشركة) يجوز أن يشترط نفقة طعامه وكسوته لأداء العمل خلال عمله كشريك. كما في شركة الوجوه بأن يشارك بجاهه، فقد يسافر إلىٰ مُلاك البضاعات والسلع ليبيعوه بالأجل، فيحتاج إلىٰ نفقة وطعام وكسوة وسكن ليتحقق المطلوب؛ هذا ليس من باب الأجرة ولكن لإتمام الشركة.

(والوكالة) كذا بصفته وكيلًا متطوعًا للشركة أو المؤسسة، فأحياناً يسافر لجلب السلع أو لتمثيل الشركة فيحتاج إلىٰ نفقة وكسوة وسكن لا لكونها أجرة وإنما لإتمام عمل الشركة.

(والمساقاة) أن يسقي الشجر والثمار ويكون له نسبة شائعة من الربح. فلا يجوز له أن يعين ربحًا وإلا وقع في المحظور «**نهىٰ عن المخابرة**»، ولكن يجوز له اشتراط النفقة والكسوة لإتمام العمل، كما لو اشترط البذر علىٰ أحد المتعاقدين.

مثال: اتفق زيد صاحب البستان مع عمرو علىٰ أن يقوم عمرو بسقي أشجاره ومراعاتها علىٰ نسبة شائعة من الربح، فاشترط عمرو سكناً قريباً من البستان وطعاماً وكسوةً لأداء العمل. فهذا ليس جزءًا من الربح وإنما لمصلحة العمل، إنما الأجرة علىٰ ما اتفقا عليه، فكانت النفقة هنا في الطعام والشراب والسكن ليست عوضًا عن الأجرة.

(والمزارعة) أن يحرث ويزرع الحبوب علىٰ نسبة شائعة من الربح، ولها حكم المساقاة.

(إذا قلنا بعدم لزومها) في بعض الأحوال تكون هذه العقود لازمة إذا لحق أحد المتعاقدين الضرر بفسخها، كما لو تكلف المضارب بالسفر أو بشراء بعض المعدات والآلات اللازمة للعقد بعد إبرامه، أو ترتبت عليه أضرار بفسخه. وكذا

الوكيل أو الشريك أو العامل في المساقاة والمزارعة.

وأحيانًا أخرىٰ تكون غير لازمة إذا لم يترتب عليها ضرر.

والراجح أن يقال: إن اشتراط النفقة والكسوة في العقود يقع علىٰ ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: لا يجوز اشتراطها معاوضة. وهي جميع العقود التي لا يجوز تعيين أجرة لأحد المتعاقدين كالمضاربة والمساقاة والمزارعة.

الوجه الثاني: يجوز اشتراطها معاوضة. وهي جميع عقود المعاوضة عدا العقود التي يحرم تعيين أجرة لأحد المتعاقدين.

الوجه الثالث: يجوز اشتراطها علىٰ غير وجه المعاوضة كالعقود الجائزة، والعقود اللازمة كالوكالة بأجر.

(وما بقي معهم من النفقة الموجودة والكسوة بعد فسخ هذه العقود؛ هل يستقر ملكهم عليه أم لا؟) هذا في العقود الجائزة التي تكون فيها النفقة والكسوة ليست معاوضة وإنما لمصلحة العمل، فماذا لو زادت النفقة والكسوة؟ فهل يرجعها إلىٰ المالك إذا فُسخ العقد أم يتملكها؟

مثال: عامل اتفق معه صاحب البستان أن يسقي شجره وثمره، واشترط العامل علىٰ صاحب البستان أن يوفر له سكناً قريباً من البستان مدة العام الذي يعمل فيه فتم ذلك، وبعد شهر من العقد فسخ العقد؛ هل يجب علىٰ العامل رد السكن إلىٰ صاحب البستان؟ أم يكون العامل مالكًا لمنفعة السكن؟

مثال آخر: وكل صاحبه ليمثله في دولة ما في عقد صفقة، فقبل صاحبه متطوعًا، فاشترط الوكيل نفقة السفر والسكن والطعام لإتمام العمل؛ لا أجرة وإنما تطوعًا،

وبعدما قبض المبلغ كاملًا وقبل سفره فسخ العقد؛ فهل هذه النفقة تعتبر ملكًا للوكيل؟ أم يجب ردها إلى الموكل؟

الراجح: أن النفقة معلقة بالعمل، «**إنما الأعمال بالنيات**»[١] وليست أجرة، فإذا فسخ العقد وبقي شيء منها فإنها ترد إلى صاحبها ما لم ينو المنفق تمليك الآخر لها تمليكًا خارجًا عن العمل؛ غير متعلق بالعمل، إنما منحه إياه هدية سواءً أتم معه العمل أم فسخه، وإلا فالنفقة معلقة بسببها.

(يحتمل أن لا يستقر، لأن ما يتناوله إنما هو على وجه الإباحة لا الملك)

الدليل على أنه لا يستقر ملكه عليها:

١ ـ قول النبي ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى**»[٢]، إذ نيته في دفع النفقة والكسوة لإتمام العمل، فهي معلقة بالعمل المنوط به وليست هبة عامة.

٢ ـ عن أبي حميد الساعدي، قال: استعمل رسول الله ﷺ رجلًا على صدقات بني سليم يدعى ابن اللُّتْبية، فلما جاء حاسبه قال: هذا مالكم وهذا هدية. فقال رسول الله ﷺ: «**فهلا جلست في بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك إن كنت صادقًا**» ثم خطبنا، فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «**أما بعد، فإني أستعمل الرجل منكم على العمل مما ولاني الله فيأتي فيقول: هذا مالكم وهذا هدية أهديت لي. أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتيه هديته؟ والله لا يأخذ أحد منكم شيئا بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة، فلأعرفن أحدًا منكم لقي الله يحمل بعيرًا له**

(٢) رواه البخاري (١).

(٣) رواه البخاري (١).

رغاء، **أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر**»، ثم رفع يديه حتىٰ رئي بياض إبطه، يقول: «**اللهم هل بلغت**»؟ بصر عيني وسمع أذني[١].

دل الحديث أن المقبوض لأجل سبب يأخذ حكم ذلك السبب. فالهدية المقبوضة بسبب القرض تأخذ حكم المال المقبوض بعقد القرض[٢]، فالهدية إذا كانت بسبب ألحقت به[٣]. فالمال المقبوض بسبب الوكالة يأخذ حكم أنه جزء من عقد الوكالة، فلا يعتبر تبرعًا، فإذا فسخت الوكالة رد ما بقي إلىٰ الموكل. وكذا سائر العقود.

٣ ـ قاعدة: الأمور بمقاصدها. فالمقاصد معتبرة في التصرفات والعقود؛ إذ لم يقبل شرط النفقة أو لم يدفع النفقة إلا لأجل العقد، فله حكم العقد بالفسخ والإمضاء.

لذا يتفرع من هذا القاعدة الآتية:

٤ ـ الأسباب والدواعي للعقود والتبرعات معتبرة، فلا بد أن نعتبر هذه الأسباب؛ لماذا أنفق عليه؟ لماذا كساه؟ لماذا أعطاه هذه النفقة؟ من أجل أداء العمل فقط، فإذا أدىٰ العمل أو فسخ العقد فلا حق له فيما زاد من النفقة والكسوة.

٥ ـ الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدمًا. فعلة النفقة لأداء العمل المعقود عليه، فإذا فسخ العقد سقطت النفقة ولا حق له فيها.

٦ ـ التبع له حكم الأصل. فالأصل أن النفقة للإعانة علىٰ إتمام العمل، وشرط

(٢) رواه البخاري (٦٩٧٩).

(٣) انظر مجموع الفتاوىٰ (١٠٩/٣٠).

(٤) مجموع الفتاوىٰ (٣٣٥/٢٩).

النفقة ما هو إلا تبع له، فإذا فسخ العقد وهو الأصل فسخت النفقة وهي التبع ورجعت إلىٰ صاحبها.

٧ ـ دلالة الحال تغني عن السؤال[١]. فالأحوال والقرائن المصاحبة للاتفاق تدل علىٰ قصد المنفق في النفقة لماذا أنفق؛ ولو لم يصرح بنيته. فالإنفاق مصاحب للعقد، لا سيما إذا كان شرطاً، مما يدل علىٰ أنه متعلق بالعقد فسخًا وإمضاءً.

(ومنها: إذا أخذ الحاج عن غيره نفقة ليحج عنه) هذا عقد جائز، والنفقة ما هي إلا للإعانة علىٰ أداء الحج وليست أجرة، فإن فضلت ردها عليه، نص عليه أحمد.

مثال: رجل له أبناء فمات وعليه نذر الحج، فوكَّل أحدُ أبنائه رجلًا ليحج عن أبيه، فقبل متطوعاً، فتطوع ولكن لم يكن معه مال، فأعطاه أحد الأبناء ألفي دينار لنفقته في الحج، وإذا بالرجل قد حج بمبلغ ألف وثمانمائة دينار وبقي مائتا دينار؛ فهل يرد المتبقي إلىٰ ابن المتوفىٰ؟ نعم يردها؛ للأدلة السابقة.

(وإذا أخذ من الزكاة ليحج به) فإذا كانت لأجل الحج، فإنه يرد ما فضل منها. وإذا كانت النفقة لأجل الحج ولأجل فقره، ففضلت النفقة فإنها تدخل في المصرف الثاني وهو الفقر.

أراد أن يحج حج الفريضة وليس عنده مال، فأعطاه رجل زكاة ماله ألفي دينار ليحج به علىٰ أن الحملة تأخذ هذا المبلغ، وإذ بالحملة تأخذ ألف وخمسمائة دينار، فبقي خمسمائة دينار، ولما أدىٰ الحج زادت النفقة ثلاثمائة دينار، فهل يأخذ المتبقي؟ أم يرجعه إلىٰ بيت المال؟ ما زاد من المال فعليه أن يرجعه إلىٰ

(١) منهاج السنة (٣٨٦/٨).

بيت المال، أو كان من جمعية خيرية فإنه يرجعه إليها.

أما إذا كان فقيرًا فأُعطي من أجل فقره ولأجل عدم وجود مال ليحج به: فإذا زاد المال عن حجه فلا يرده؛ لأنه يأخذ المتبقي لفقره لأنه أعطي كذلك لأجل فقره.

وإذا وكَّل من يحج عن نذر أبيه المتوفىٰ وأعطاه نفقة وكسوة رحلة الحج، فسلم الوكيل لقائد الحملة نفقة الرحلة ثم فسخ ولي المتوفىٰ العقد مع الوكيل فلم يستطع الوكيل إرجاع المبلغ لرفض قائد الحملة إرجاعه لأنه فوت الفرصة علىٰ غيره للحج مع الحملة فلا ضمان علىٰ الوكيل ولا يرجع الموكِّل بشيء.

۞ **المُلَخَّص: إذا اشترط النفقة والكسوة في العقود فعجلت ثم وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة فإن المشترط عليه يرجع بما عجل منها، إلا إذا كان الفاسخ هو المالك وقد فوت علىٰ المنتفع فرصة التعاقد مع طرف آخر عند بدء العقد.**

❑ ❑ ❑

القاعدة الثالثة والسبعون

اشتراط نفع أحد المتعاقدين في العقد

- شرط جائز في ذاته
  - شرط يبطل العقد
    - إذا كان المقصد منه ضد مقصد الشرع
      - كنكاح التحليل: تشترط المرأة على الزوج الجديد طلاقها متى أرادت؛ وهي عازمة عليه لترجع إلى زوجها الأول
    - إذا نهى الشارع عن العقد المقرون بالشرط المذكور
      - كالبيع مع أذان الجمعة
  - شرط لا يبطل العقد
    - جميع الشروط عدا المذكورة سابقاً
    - سواءً كان استئجاراً له مقابلاً بعوض أو إلزاماً لما لا يلزمه بالعقد فجعله من مقتضى العقد ولوازمه مطلقاً وغير ذلك.
- شرط محرم في ذاته
  - يبطل العقد
    - إذا كان أحد أركانه
      - شرط أن يكون العاقد مجنوناً
    - إذا كان أحد واجباته
      - اشترط المهر خمراً
    - إذا كان أحد شروط صحته
      - شرط الإكراه على العقد
  - لا يبطل العقد
    - يبطل الشرط ويصح العقد
    - اشترط على المخطوبة أن تقدم له خمراً بعد النكاح

۞ المَتْن

القاعدة الثالثة والسبعون

اشتراط نفع أحد المتعاقدين في العقد على ضربين:

أحدهما: أن يكون استئجارًا له مقابلًا بعوض؛ فيصح على ظاهر المذهب، كاشتراط المشتري على البائع خياطة الثوب أو قصارته، أو حمل الحطب ونحوه، ولذلك يزاد به بالثمن.

والثاني: أن يكون إلزامًا له لما لا يلزمه بالعقد بحيث يجعل له ذلك من مقتضى العقد ولوازمه مطلقًا، ولا يقابل بعوض؛ فلا يصح.

وله أمثلة:

منها: اشتراط مشتري الزرع القائم في الأرض حصاده على البائع؛ فلا يصح، ويفسد به العقد.

ومنها: اشتراط أحد المتعاقدين في المساقاة أو المزارعة على الآخر ما لا يلزمه بمقتضى العقد؛ فلا يصح، وفي فساد العقد به خلاف.

ومنها: شرط إيفاء المسلم فيه في غير مكان العقد؛ وحكي في صحته روايتان.

۞ الشَّرح

(اشتراط نفع أحد المتعاقدين في العقد) أن يشترط أحد المتعاقدين منفعة زائدة على أصل العقد.

أمثلة:

١ ـ أن يكون العقد شراء ثوب، فيشترط المشتري أن يقوم البائع بخياطة الثوب.

٢ ـ أو يكون العقد شراء الطابوق (اللبن)، فيشترط المشتري إيصاله إلىٰ البيت.

٣ ـ أو يكون العقد شراء القمح في زرعه، فيشترط المشتري أن يقوم البائع بحصاده.

(علىٰ ضربين) إما شرط بعوض، أو شرط بلا عوض.

(أحدهما: أن يكون استئجارًا له مقابلًا بعوض) كأن يشترط علىٰ البائع خياطة الثوب بعوض، أو يشترط توصيل الطابوق (اللبن) بعوض، أو يشترط حصاد الزرع بعوض.

اشترىٰ منه الثوب فاشترط عليه أن يخيطه له بثمن غير ثمن الثوب، فثمن الثوب ثلاثون دينارًا واشترط عليه خياطته بخمسة دنانير؛ فهذه الخياطة استئجار بعوض غير ثمن الثوب.

(فيصح علىٰ ظاهر المذهب، كاشتراط المشتري علىٰ البائع خياطة الثوب) أي بعوض.

(أو قصارته): قصارته أي كي الثوب بعوض.

(أو حمل الحطب) أن يشتري الحطب من البائع ويقول: بشرط أن تحمل الحطب إلىٰ مزرعتي ولكن بعوض.

(ولذلك يزاد به بالثمن) أي يزاد علىٰ الثمن المعقود عليه عوضًا عن المنفعة؛ هذا يصح علىٰ ظاهر المذهب. فلو كان ثمن الثوب ثلاثين دينارًا، فيزيد عليه أجرة الخياطة خمسة دنانير، وكذا يقال في كي الثوب، وحمل الحطب بعوض زائد علىٰ ثمن الثوب.

(والثاني: أن يكون إلزامًا له لما لا يلزمه بالعقد) أي في أصل العقد لا يلزم العاقد الآخر أداء المنفعة للعاقد الأول. فلا يلزم بائع القمح في أصل الزرع أن يحصده، ولكن المشتري اشترطه على البائع بلا عوض. ولا يلزم بائع الرطب السكري سَلَمًا أن ينقل الرطب إلى مخزن المشتري إذا كان العقد قد تم في مكان آخر غير مخزن المشتري، ولكن المشتري اشترطه على البائع بلا عوض.

(بحيث يجعل له ذلك من مقتضى العقد ولوازمه مطلقًا ولا يقابل بعوض؛ فلا يصح) أن يجعله شرطًا لازمًا في العقد، ولم يجعل عوضًا مقابل الوفاء بالشرط.

فالمشهور أنه لا يصح، وإلا فقد ذكر المؤلف الخلاف في كل مسألة ذكرها. والراجح أنه يصح بضوابط.

⁂ أولاً: الأدلة على جواز الشروط عموماً إلا ما دل الدليل على تحريمه

١ ـ الأصل في المعاملات الإباحة.

أ ـ قال الله ﷻ: ﴿وَقَالُواْ هَٰذِهِۦٓ أَنۡعَٰمٞ وَحَرۡثٌ حِجۡرٞ لَّا يَطۡعَمُهَآ إِلَّا مَن نَّشَآءُ بِزَعۡمِهِمۡ وَأَنۡعَٰمٌ حُرِّمَتۡ ظُهُورُهَا وَأَنۡعَٰمٞ لَّا يَذۡكُرُونَ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَا ٱفۡتِرَآءً عَلَيۡهِۚ سَيَجۡزِيهِم بِمَا كَانُواْ يَفۡتَرُونَ ١٣٨ وَقَالُواْ مَا فِي بُطُونِ هَٰذِهِ ٱلۡأَنۡعَٰمِ خَالِصَةٞ لِّذُكُورِنَا وَمُحَرَّمٌ عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِنَاۖ وَإِن يَكُن مَّيۡتَةٗ فَهُمۡ فِيهِ شُرَكَآءُۚ﴾(١).

وجه الدلالة: أن الله ذم المشركين الذين حرموا ما لم يحرمه الله.

ب ـ وقال الله ﷻ: ﴿وَمَا لَكُمۡ أَلَّا تَأۡكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ ٱسۡمُ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ وَقَدۡ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيۡكُمۡ﴾(٢)، فلا بد من وجود أدلة على التحريم، وإلا فالأصل الإباحة؛

---

(٢) [الأنعام: ١٣٨، ١٣٩].

(١) [الأنعام: ١١٩].

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: التفصيل التبيين، فبين أنه بَيَّن المحرمات، فما لم يبيّن تحريمه ليس بمحرم، وما ليس بمحرم فهو حلال، إذ ليس إلا حلال أو حرام(١).

جـ ـ قال الله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً﴾(٢) الآية، تلاها ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ وفسرها ب «ما أحل الله فهو حلال وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو»(٣).

د ـ عن سعد رضي الله عنه قال النبي صلى الله عليه وسلم: «**إن أعظم المسلمين جرمًا من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسألته**»(٤)، فالأصل الإباحة.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: دل ذلك على أن الأشياء لا تحرم إلا بتحريم خاص لقوله صلى الله عليه وسلم: «**لم يحرَّم**»، ودل أن التحريم قد يكون لأجل المسألة؛ فبين بذلك أنها بدون ذلك ليست محرمة وهو المقصود(٥)، فقبل السؤال لم يكن محرمًا فكان حلالًا.

هـ ـ قال سلمان الفارسي رضي الله عنه: الحلال ما أحل الله، والحرام ما حرم الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه(٦).

٢ ـ استصحاب البراءة الأصلية في إباحة المعاملات ما لم تأت قرينة.

---

(٢) مجموع الفتاوى (٢١/٥٣٦) (٢٩/١٥٠)، والأعلام لابن القيم (١/٣٨٣).

(٣) [الأنعام: ١٤٥].

(٤) رواه الحاكم وصححه (٤/١٢٨).

(٥) رواه البخاري (٧٢٨٩).

(٦) مجموع الفتاوى (٢١/٥٣٧).

(٧) رواه الترمذي (١٧٢٦)، وصحح فيه البخاري والترمذي وقفه.

٣ ـ الاستقراء. باستقراء أصول الشريعة تعلم أن العادات الأصل فيها عدم الحظر إلا ما حظره الله ﷻ[١].

٤ ـ ثبت بالنصوص الشرعية جواز الشروط في العقود، منها:

أ ـ عقد الزواج.

ب ـ عقد الهبة.

جـ ـ عقد الجعالة، قال الله تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾[٢].

د ـ عقد الضمان، ذكر الله تعالىٰ قولهم: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾[٣].

هـ ـ الوصية.

و ـ المدبر.

ز ـ الوقف.

ح ـ المصالحة كصلح الحديبية، وعقد الصلح في خيبر.

طـ ـ عقد اللواء في الحرب، كما قال ابن عمر: أَمَّرَ رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة، وقال: «**إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة**»[٤].

٥ ـ قال النبي ﷺ: «**المسلمون علىٰ شروطهم**»[٥]، فدل علىٰ جواز الشروط علىٰ

---

(٢) مجموع الفتاوىٰ لابن تيمية (٢٩/١٦ ـ ١٧).

(٣) [يوسف: ٧٢].

(٤) [يوسف: ٧٢].

(٥) رواه البخاري (٤٦٢١).

(٦) رواه أبو داود (٣٥٩٤) وصححه ابن الجارود (٦٣٧) والألباني في الإرواء (١٣٠٣).

العموم ما لم تأت قرينة تحرمه.

٦ ـ قال النبي ﷺ: «**أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج**»[١]، دل على جواز عموم الشروط، وأولاها بالوفاء ما استحلت به الفروج.

٧ ـ حديث بريرة لما اشترتها أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها واشترط أسيادها أن يكون الولاء لهم قال النبي ﷺ: «**ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط**»[٢]: أي كل شرط مخالف لكتاب الله تعالىٰ فهو باطل، فالشرط غير المخالف لكتاب الله تعالىٰ صحيح.

٨ ـ ما ثبت من الشروط في البيع.

أ ـ كشرط الخيار، قال ﷺ: «**المتبايعان كل واحد منهما بالخيار علىٰ صاحبه ما لم يتفرقا، إلا بيع الخيار**»[٣]، أي اشترط الخيار لمدة معينة من الزمن فجاز الشرط في البيع.

ب ـ حديث بريرة رضي الله عنها لما اشترتها أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها واشترطوا عليها شرطًا محرمًا، قال النبي ﷺ: «**ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل**»[٤]، فدل بأن الشرط الذي لم يحرم في كتاب الله ليس باطلًا، فيبقىٰ علىٰ أصله من الإباحة.

جـ ـ كاشتراط عمر رضي الله عنه في عقد المزارعة: إن جاء عمر بالبذر للعامل فله كذا، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا[٥].

---

(٢) رواه البخاري (٢٧٢١).

(٣) رواه البخاري (٢١٦٨).

(٤) رواه البخاري (٢١١١).

(٥) رواه البخاري (٢١٦٨).

(٦) ذكره البخاري معلقاً (٢٣٢٨)؛ قال البخاري: وعامل عمر الناس علىٰ إن جاء عمر بالبذر=

٩ ـ ما ثبت عن الصحابة رضي الله عنهم بجواز عموم الشروط؛ منها عقد أبو بكر الولاية لعمر بشرط موته.

١٠ ـ اشترىٰ نافع بن عبد الحارث دارًا بمكة من صفوان علىٰ إن رضي عمر فالبيع بيعه، وإن لم يرض عمر رضي الله عنه فلصفوان أربعمائة درهم هبة[(١)].

١١ ـ اشترىٰ ابن مسعود جارية امرأته، واشترطت عليه إن أرجعها فهي لها بالثمن. أي بنفس الثمن.

١٢ ـ جواز اشتراط المنفعة في عقد العتق بلا عوض. عن سفينة رضي الله عنه قال: كنت مملوكًا لأم سلمة فقالت: أعتقك وأشترط عليك أن تخدم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عشت. فقلت: وإن لم تشترطي علي ما فارقت رسول الله صلى الله عليه وسلم ما عشت. فأعتقتني، واشترطت علي[(٢)].

❊ ثانياً: جواز الشروط في المعاوضات بلا عوض

١ ـ منها حديث جابر رضي الله عنه عندما كان يسير علىٰ جمل، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: «**بعنيه**»، فبعته بأوقية واستثنيت عليه حملانه إلىٰ أهلي[(٣)]. وفي رواية: «علىٰ أن لي ظهره إلىٰ المدينة»[(٤)]، وفي رواية: «واشترطت حملانه إلىٰ أهلي»[(٥)]. وهذا نص في المسألة

= من عنده فله الشطر، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا».

(٢) ذكره البخاري تعليقًا (٢٤٢٣)؛ قال: واشترىٰ نافع بن عبد الحارث دارًا للسجن بمكة من صفوان بن أمية علىٰ أن عمر إن رضي فالبيع بيعه وإن لم يرض عمر فلصفوان أربع مائة دينار.

(٣) رواه أبو داود (٣٩٣٢)، وصححه الحاكم (٢/ ٢١٣، ٢١٤) وحسنه الألباني.

(٤) رواه البخاري (٢٧١٨)، ومسلم (٧١٥).

(٥) رواه مسلم (٧١٥).

(٦) رواه أبو داود (٣٥٠٥).

٢ ـ جواز اشتراط العين في عقد البيع بلا عوض. لك أن تشرط عيناً زائدة في البيع لقول النبي ﷺ: «**من باع نخلًا مؤبرًا فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»[١]، فالثمر عين، وهي حق للبائع. فأجاز الشارع أن يشترطها المشتري بلا عوض؛ بلا زيادة في الثمن.

٣ ـ جواز السفتجة؛ وهي أن يقرض شخص آخر في بلد ما ليوفيه المقترض أو نائبه أو مدينه إلىٰ المقرض نفسه أو نائبه أو دائنه في بلد آخر معين. قال عطاء كان ابن الزبير يستلف من التجار أموالاً ثم يكتب لهم إلىٰ العمال، قال: فذكرت ذلك إلىٰ ابن عباس فقال: لا بأس به[٢].

وجه الدلالة: إذا جاز الاشتراط في عقد القرض وفيه منفعة ولكن ليست ربوية جاز الاشتراط في عقود المعاوضة بما ليس من لوازم العقد.

والشروط لها ضوابط: فمنها شروط مباحة وأخرىٰ محرمة، ومنها شروط تفسد العقد. ولكن الشاهد من هذا أنه يجوز اشتراط منفعة في عقود المعاوضة بما ليس من لوازمها. فلو اشترىٰ منه الحطب واشترط عليه أن يحمل الحطب إلىٰ البيت بلا مقابل؛ صح. أو اشترىٰ الزرع القائم في الأرض بشرط حصاده بلا مقابل؛ صح.

(ومنها: اشتراط أحد المتعاقدين في المساقاة أو المزارعة علىٰ الآخر ما لا يلزمه بمقتضىٰ العقد، فلا يصح، وفي فساد العقد به خلاف) تبين مما سبق صحة الشرط.

---

(٢) رواه البخاري (٢٢٠٤)، ومسلم (١٥٤٣).

(١) رواه عبد الرزاق بسند صحيح (١٤٠/٨).

(ومنها: شرط إيفاء المسلم فيه في غير مكان العقد؛ وحكي في صحته روايتان)
شرط إيفاء المسلم فيه غير مكان العقد؛ كأن تعقد معه في المكتب علىٰ أن تستلم البضاعة في بيتك بلا عوض؛ صح.

قال ابن تيمية: إن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتىٰ يدل دليل علىٰ التحريم، كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم وقوله تعالىٰ: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حرامًا لم تكن فاسدة لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة[١].

وقال: ليس في الشرع ما يدل علىٰ تحريم جنس العقود والشروط، إلا ما ثبت...، وانتفاء دليل التحريم دليل علىٰ عدم التحريم[٢]. وذلك «أن الله ذم المشركين الذين شرعوا من الدين ما لم يأذن به الله وحرموا ما لم يحرمه الله، فإذا حرمنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله»[٣].

والعقد أو الشرط إذا لم يكن كل واحد منهما منافيًا لمقصود الشرع ولم يكن الشرط منافيًا لمقصود العقد فإنه «لا وجه لتحريمه، بل الواجب حله؛ لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه؛ فإن الإقدام علىٰ الفعل مظنة الحاجة إليه ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج»[٤].

(٢) القواعد والضوابط الفقهية (١٥٨/٢) [مجموع الفتاوىٰ (١٥٠/٢٩)].
(٣) مجموع الفتاوىٰ (١٥٠/٢٩).
(٤) القواعد والضوابط الفقهية للحصين (١٥٩/٢) [مجموع الفتاوىٰ (١٥١/٢٩ ـ ١٥٢)].
(١) مجموع الفتاوىٰ (١٥٦/٢٩) بتصرف.

وقال: إن العقد له حالان: حال إطلاق وحال تقييد. ففرق بين العقد المطلق وبين المعنىٰ المطلق من العقود. فإذا قيل: هذا شرط ينافي مقتضىٰ العقد؛ فإن أريد به ينافي العقد المطلق؛ فكذلك كل شرط زائد، وهذا لا يضره. وإن أريد ينافي مقتضىٰ العقد المطلق والمقيد: احتاج إلىٰ دليل علىٰ ذلك؛ وإنما يصح هذا إذا نافىٰ مقصود العقد، فإن العقد إذا كان له مقصود يراد في جميع صوره وشرط فيه ما ينافي ذلك المقصود فقد جمع بين المتناقضين بين إثبات المقصود ونفيه فلا يحصل شيء. ومثل هذا الشرط باطل بالاتفاق(١).

والمقصود بالشروط المحرمة: هي التي تبيح ما حرمه الله كأن يشترط أن تصنع له زوجته خمرًا، أو تسقط ما أوجبه الله كإسقاط الولاء للمعتق، أو تنافي مقصود العقد من جميع صوره أو تنافي أصل مقصده كتحريم زواجه من مطلقته بعد الطلقة الثالثة ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ ليذوق مرارة جماع رجل غريب لزوجته واستمتاعه بها لئلا يتلاعب في الطلاق بعد إرجاعها.

فالشروط في كتاب الله:

١ ـ ما دل الكتاب علىٰ إباحته بعمومه.

٢ ـ ما ثبت جوازه بسنة أو إجماع صحيح بالاتفاق.

٣ ـ أن يكون من الأفعال المباحة.

تفصيل الشروط(٢):

١ ـ إن كان الشرط يقصد به ضد المقصد الشرعي من العقد؛ بطل العقد والشرط.

(٢) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/١٥٥ ـ ١٥٦).

(١) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/١٣٨، ١٥٥ ـ ١٥٦).

كمن نكح المبتوتة وقصد تحليلها لزوجها الأول؛ بطل العقد والشرط. إذ مقصود الشارع التضييق على الزوج الأول، بينما قصد هذا التيس المستعار التوسيع على الزوج الأول؛ لذا «**لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له**»[١]. فهو أراد الجمع بين المتناقضين: بين إثبات مقصد الشارع، ونفي مقصد الشارع، لذا لا يحصل شيء[٢].

٢ ـ وإن لم يقصد إبطال المقصد الشرعي من العقد[٣] وكان الشرط المحرم:

أ ـ أحد أركان العقد: كمن شرط أن يكون العاقد مجنونًا، بطل العقد؛ لأن العاقد أحد أركان العقد.

ب ـ أو أحد واجباته: كمن شرط أن لا مهر في النكاح أو أن يكون المهر خمراً؛ وهو أحد واجبات عقد النكاح؛ بطل العقد، لذا حرم الشرع نكاح الشغار.

جـ ـ أو توفر أحد شروطه الوضعية بصورة محرمة: كمن اشترط أن يُكره العاقد على أن يرضى بالعقد؛ بطل العقد؛ لأن الرضا أحد شروط العقد، وكما لو باع ثمرة أن لا جائحة عليه، أو باع سيارة ولا عُهدة عليه في عيب[٤].

٣ ـ أو نهى الشارع عن العقد المقرون بالشرط المذكور؛ كالبيع مع أذان الجمعة.

٤ ـ إن لم يقصد إبطال المقصد الشرعي من العقد، ولم يكن الشرط المحرم شيئًا مما سبق؛ صح العقد وبطل الشرط المحرم.

---

(٢) رواه أحمد (١/٤٤٨، ٤٦٢) وصححه الترمذي (١١٢٠) والألباني في الإرواء (١٨٩٧).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/١٥٦).

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/١٣٨).

(٥) الشرح الكبير للدردير (٣/١٧٥ ـ ١٧٧)، ومواهب الجليل (٤/٤٩٩)، ونظرية الشرط للشاذلي.

ويستدل له[1]:

أ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا۟ فَأْذَنُوا۟ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ۖ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[2].

فصحح الله العقد وأمر بأداء القرض ﴿فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ﴾، وحرم الزيادة ﴿وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾، ولم يبطل العقد، فلم يأمر برد رأس المال حالًا، إذ لو أبطل العقد لأمر برد رأس المال حالًا قبل حلول الأجل، فلم يصرح الله تعالىٰ بذلك وإنما قال سبحانه: ﴿فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ﴾.

ب ـ قصة عتق بريرة، فعن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قالت: جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي علىٰ تسع أواق؛ في كل عام أوقية، فأعينيني. فقلت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت. فذهبت بريرة إلىٰ أهلها فقالت لهم، فأبوا ذلك عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت: إني قد عرضت ذلك عليهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم. فسمع النبي ﷺ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق». ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنىٰ عليه ثم قال: «أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق»[3].

---

(٢) انظر مجموع الفتاوىٰ (١٢٦/٢٩ ـ ١٣٣، ١٥٦)، الكبرىٰ (٧٦/٤).

(٣) [البقرة: ٢٧٨، ٢٧٩].

(١) رواه البخاري (٢١٦٨)، ومسلم (١٥٠٤).

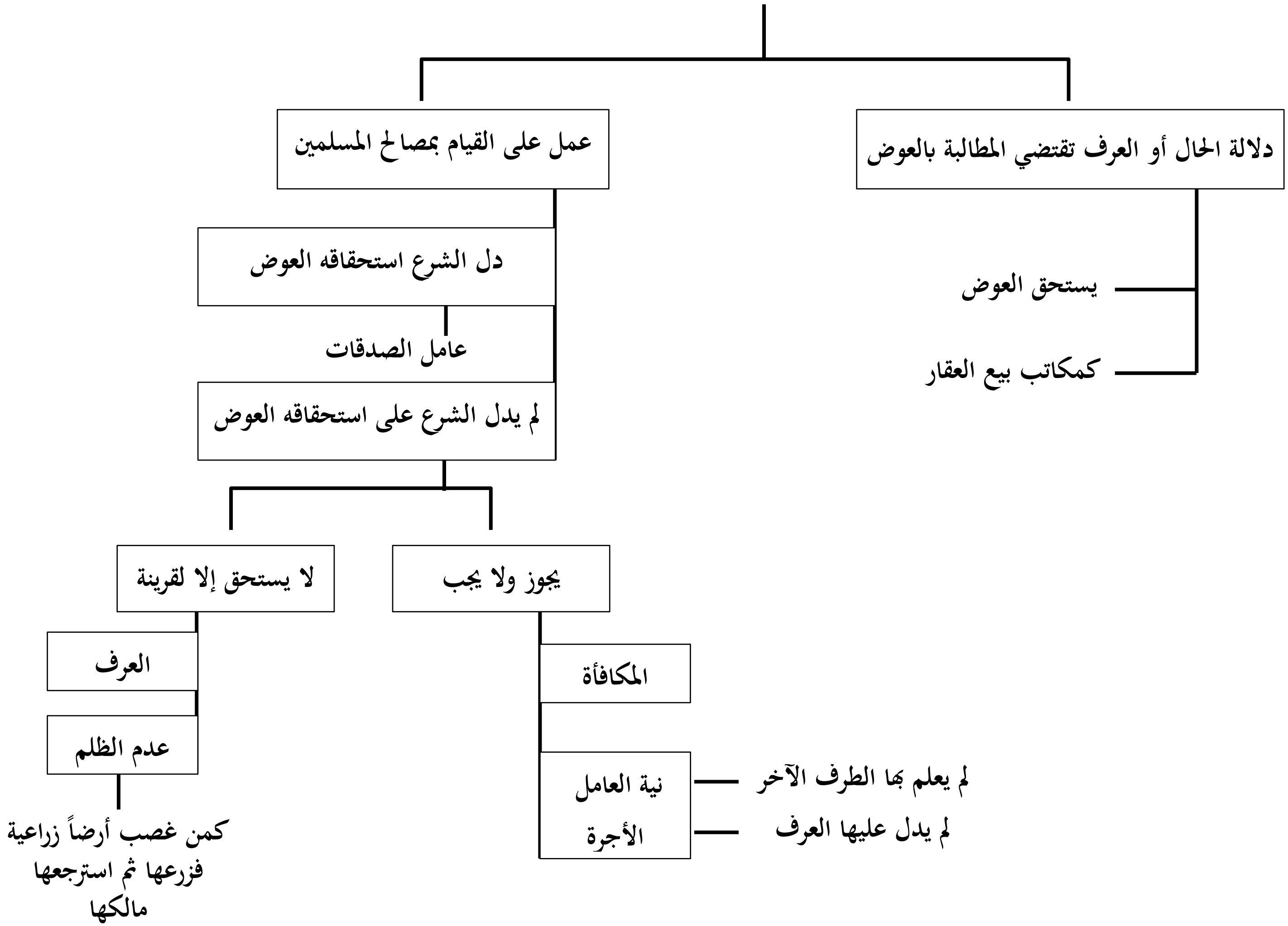
فالشارع صحح العقد وأبطل الشرط.

۞ المُلَخَّص: جميع الشروط المباحة في ذاتها مباحة في العقود إلا إذا كان المقصد منه ضد المقصد الشرعي من العقد، أو نهى الشارع عن العقد المقرون بالشرط المذكور، أو كان الشرط المحرم أحد أركان العقد أو أحد واجباته أو أحد شروط صحته؛ فإنه يبطل العقد.

❑ ❑ ❑

القاعدة الرابعة والسبعون

فيمن يستحق العوض عن عمله بغير شرط



۞ المَتْن

القاعدة الرابعة والسبعون

فيمن يستحق العوض عن عمله بغير شرط وهو نوعان:

أحدهما: أن يعمل العمل ودلالة حاله تقتضي المطالبة بالعوض.

والثاني: أن يعمل عملًا فيه غناء للمسلمين وقيام بمصالحهم العامة، أو فيه استنقاذ لمال معصوم من الهلكة.

أما الأول: فيندرج تحته مسائل وصور كثيرة، كالملَّاح والمكاري والحجَّام والقصَّار والخيَّاط والدلَّال ونحوهم ممن يرصد نفسه ليكتسب بالعمل، فإذا عمل استحق أجرة المثل وإن لم يسم له شيء؛ نص عليه.

وأما الثاني: فيدخل تحته صور:

منها: من قتل مشركًا في حال الحرب له سلبه، والعامل على الصدقات فإنه يستحق أجرة عمله بالشرع، ومن رد آبقًا على مولاه، ومن أنقذ مال غيره من مهلكة، ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذًا له من التلف المشرف عليه كان جائزًا كذبح الحيوان المشرف على الهلاك.

۞ الشَّرْح

(**فيمن يستحق العوض عن عمله بغير شرط**) عندما قام بالعمل لم يشترط العوض عن عمله.

كالخياط. قال للخياط: خط لي هذا الثوب. أو كتب على باب المحل عنوانًا بأنه خياط، فأتاه رجل بثوب وقال: خط لي هذا الثوب، ولم يشترط عليه الخياط عوضًا.

كعامل الزكاة. كلفه الإمام بجمع الزكاة، ولم يشترط العامل علىٰ الإمام عوضًا.

وكالمجاهد في الحرب. قتل مشركًا؛ فهل يستحق سلبه وهو لم يشترط السَلَبَ قبل قتله؟

(وهو نوعان:

أحدهما: أن يعمل العمل ودلالة حاله تقتضي المطالبة بالعوض) دلالة حال العامل تدل بأنه يطلب عوضًا دون أن يتلفظ ودون أن يشترط:

كأن يفتح محلًا ليستقبل طالبي الخدمة من حجامة أو كوي أو خياطة أو دلالة لبيع العقار.

أو ينشر في وسائل الإعلام أنه علىٰ استعداد لتأدية تلك الخدمة لطالبيها.

أو يكون قد فرغ نفسه للتكسب بالعمل.

أو أرسىٰ سفينته أو قاربه وجلس فيه ينتظر طالبي الحاجة ليقوم بخدمتهم.

فهؤلاء حالهم تقتضي المطالبة بالعوض، فيستحقون العوض.

(والثاني: أن يعمل عملًا فيه غناء للمسلمين، وقيام بمصالحهم العامة) كجمع الزكاة، أو أن يجاهد في سبيل الله فيقتل مشركًا.

(أو فيه استنقاذ لمال معصوم من الهلكة) كمن سقطت قلادتها في البحر فقام غواص باستخراجها، وكمن ذبح حيوانًا مشرفًا علىٰ الهلاك.

(أما الأول: فيندرج تحته مسائل وصور كثيرة:

كالملَّاح) الملاح هو صاحب السفينة، جلس في سفينته ينتظر قدوم محتاج إليها،

وفرغ نفسه لذلك.

(والمكاري) وهو الذي يكري دابته ويؤجرها، كأن يكون عنده فرس يؤجره بالساعة، أو قارب يؤجره، أو سيارة يؤجرها.

(والحجَّام) الذي يقوم بحجم الناس، وتفرغ لهذا.

(والقصَّار) وهو الذي يقوم بغسل الثياب ويكويها.

و**(الخيَّاط، والدلَّال)** الخياط معروف، والدلال هو السمسار أو من يعرض بضائع البائعين على المشترين وله نسبة مقابل عمله، فقد فرغ نفسه لهذا.

(ونحوهم ممن يرصد نفسه ليكتسب بالعمل) يفرغ نفسه لهذا العمل.

(فإذا عمل استحق أجرة المثل، وإن لم يسم له شيء؛ نص عليه) فهذا يستحق أجرة المثل حتى وإن لم يسم له الطرف الآخر شيئًا؛ نص عليه الإمام أحمد.

❁ **الأدلة** على أنه يستحق أجرة المثل وإن لم يسم:

١ ـ مهر المثل ممن لم يسم المهر. فقد حكم النبي ﷺ لبروع بنت واشق التي توفي زوجها قبل أن يدخل بها ولم يسم لها مهرًا أن عليها العدة وترث ولها مهر المثل(١). ولم تشترط المهر ولا قدره ولكن دلالة الحال تقتضي المطالبة بالمهر. فهذا كذلك يستحق أجرة المثل وإن لم يشترطها ولم يسمها.

٢ ـ العادة محكمة. فيرجع فيه إلى العادة في العوض وقيمة عمله، والعادة تدل أنه ما فتح هذا المحل إلا لأنه يريد الأجر مقابل عمله، فيستحق الأجر.

٣ ـ القاعدة الفقهية الأصولية: المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، فإذا تعورف

---

(١) رواه أبو داود (٢١١٤ ـ ٢١١٦) وصححه الترمذي (١١٤٥) والبيهقي (٢٤٥/٧) والألباني.

عليه أن يستحق عوضاً وجب بذل العوض له.

٤ ـ دلالة الحال تغني عن السؤال. فالأحوال والقرائن المصاحبة لتصرفات الإنسان من الأقوال والأفعال لها من الدلالة ما يمكن معرفة قصد المتصرف، ولو لم يصرح بنيته ولا بشرطه، فيحكم بالقرائن والأحوال. كقصة شق قميص نبي الله يوسف عليه السلام من الخلف ﴿وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ﴾(١)، فبالقرائن تبين أنها هي التي راودته. فبالقرائن يمكنك أن تتوصل إلى الحكم.

وقصة نبي الله سليمان عليه السلام لما حكم بالابن للصغرى التي رفضت شق الابن شطرين بينما قبلت الكبرى بشقه. فعن أبي هريرة رضي الله عنه، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **«كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت لصاحبتها: إنما ذهب بابنك. وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك. فتحاكمتا إلى داود** عليه السلام **فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود** عليهما السلام **فأخبرتاه؛ فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينهما. فقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله، هو ابنها. فقضى به للصغرى»**(٢)، فحكم نبي الله سليمان عليه السلام بالقرائن، فلذا قيل: بأن دلالة الحال تغني عن السؤال.

٥ ـ القاعدة الفقهية: المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات. فكيف إذا صاحبها في الظاهر ما يدل عليها؟! وهو قصد الأجرة. ومما يدل على

---

(٢) [يوسف: ٢٦ ـ ٢٨].

(١) رواه البخاري (٦٧٦٩)، ومسلم (١٧٢٠).

قصده الأجرة أنه فتح محلًا ، فالقصد له اعتبار في الأجر ، فكيف إذا فعل ما يدل علىٰ قصده ؟!

٦ ـ الأمور بمقاصدها ، لقول النبي ﷺ: «وإنما الأعمال بالنيات»[١].

٧ ـ القاعدة الفقهية: تنعقد العقود بكل ما دل علىٰ مقصودها من قول أو فعل[٢]. إذ لم يشترط الشارع صيغة أو لفظًا للنكاح والبيع والصدقة وعتق الرقاب وإرجاع المطلقة والهبة والإجارة والوصية ، ولم يشترط فعلًا معينًا ، وإنما كل ما دل علىٰ مقصوده. فإذا دل علىٰ مقصود العقد بذل العوض وجب بذله.

(وأما الثاني) وهو أن يعمل عملًا فيه:

١ ـ غناء للمسلمين وقيام بمصالحهم العامة.

٢ ـ أو فيه استنقاذ لمال معصوم من الهلكة.

(فيدخل تحته صور) هذه الصور التي ذكرها تنقسم إلىٰ قسمين:

القسم الأول: ما دل عليه الشرع بأنه يستحق العوض عن عمله بغير شرط ، وهو أن يعمل عملًا فيه غناء للمسلمين ، وقيام بمصالحهم العامة ، وهذا القسم له صور:

الصورة الأولىٰ: من قتل مشركًا في حال الحرب له سلبه.

الصورة الثانية: العامل علىٰ الصدقات فإنه يستحق أجرة عمله بالشرع.

الصورة الثالثة: من رد آبقًا علىٰ مولاه ، وسيأتي بيانها بإذن الله تعالىٰ.

---

(٢) رواه البخاري (١).

(١) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٧).

(منها: من قتل مشركًا في حال الحرب له سلبه) مجاهد اقتحم المعركة فقتل مشركًا عليه حزام من ذهب وسيفه ممتلئ بالذهب. فللمجاهد سَلَب المشرك المقتول؛ لأنه قتله، وقد دل عليه الشرع، فقد قال النبي ﷺ: «**من قتل قتيلًا له عليه بيّنة فله سلبه**»(١).

(والعامل على الصدقات فإنه يستحق أجرة عمله بالشرع) العامل على جمع الزكاة له نصيب من أموال الزكاة لقول الله تعالى: ﴿۞إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِۖ فَرِيضَةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٞ ﴾(٢). فهو من العاملين عليها.

(ومن رد آبقًا على مولاه) قال في الأصل: فإنه يستحق على رده جعلًا بالشرع.

وهذا فيه خلاف بين العلماء، وفي الوقت الحالي لا يوجد مماليك، فهذه صورة كانت موجودة في السابق أن المملوك قد يفر ويهرب من سيده، فقام رجل ورد هذا العبد الآبق ـ الهارب ـ إلى سيده.

وقد وردت فيه أحاديث مرسلة(٣)؛ فهو يدخل في النوع الثاني ما لم يدل عليه

---

(٢) رواه البخاري (٣١٤٢).

(٣) [التوبة: ٦٠].

(٤) منها ما رواه عبد الرزاق (٨/٢٠٧ ـ ٢٠٨) وابن أبي شيبة (٢٢٢٤٨، ٢٢٢٥٩) عن **عمرو بن دينار** مرسلًا: أن النبي ﷺ «قضى في العبد الآبق يوجد خارجًا من الحرم ديناراً». وفي رواية لابن أبي شيبة (٢٢٢٤٨): «عشرة دراهم». فمن رد العبد الآبق فله دينار أو العشرة دراهم كما في الرواية الأخرى. ورواه ابن أبي شيبة (٢٢٢٤٨، ٢٢٢٥٩) عن **ابن أبي مليكة** مرسلًا. ورواه البيهقي (٦/٢٠٠) من طريق خصيف عن معمر عن **عمرو بن دينار عن ابن عمر مرفوعًا**؛ وهذه الرواية منكرة، خصيف فيه ضعف وخالف الثقات الذين رووه عن عمرو بن دينار مرسلًا. وورد عن عمر وعلي وابن مسعود ﵃ بأسانيد لا تصح رواها ابن أبي شيبة (٢٢٢٤٩ ـ ٢٢٢٥٢).=

الشرع لعدم صحة الروايات.

القسم الثاني: ما لم يدل عليه الشرع؛ هل يستحق أجرًا إذا لم يشترط؟ الراجح أنه لا بد من الأخذ بالاعتبار الأمور الآتية:

١ ـ نية العامل. فإذا نوى أجرة المثل فإنه يستحق أجرة المثل؛ كالمهدي هدية ينوي رد مثلها وقد قال ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات**»(١).

وإذا نوى التطوع؛ فلا يستحق لقول النبي ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى**»(٢).

فينظر إلى نية الذي رد الآبق؛ فإذا نوى التطوع فلا يستحق أن يطالب بالأجرة، أما إذا نوى الأجرة فله أُجرة المثل برضى الطرف الآخر؛ وإلا رد عليه عمله مع الاستطاعة. فإن تعذرت الاستطاعة ولم يرض الطرف الآخر ولا عرف فلا يلزم شرعاً.

ومما يدل عليه قول نبي الله موسى عليه السلام للخضر عليه السلام بعدما أقام الجدار: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾(٣).

فهنا الخضر عليه السلام لم يقل لموسى عليه السلام قبل إصلاح الجدار: دعنا نأخذ الأجرة لنبني هذا الحائط ومع ذلك قال له موسى عليه السلام بعدما أصلحا الجدار: ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾، ولم يأخذ عليه الخضر أجراً، وهذا فيه استنقاذ لمال معصوم؛ وشرع من قبلنا شرع لنا.

= [انظر تخريج قواعد ابن رجب للشيخ مشهور (٢/٦٧ ـ ٦٩)]

(٢) رواه البخاري (١).

(٣) رواه البخاري (١).

(١) [الكهف: ٧٧].

٢ ـ العرف. فإذا كان العرف يمنح هدية لهذه الأعمال التي فيها استنقاذ لمال المعصوم من المهلكة فإنه يستحق الأجرة ما لم ينوه تطوعًا.

وإذا كان العرف لا يمنح أجرة لمثل هذه الأعمال فلا يستحق أجرة؛ إذ العادة محكمة، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.

٣ ـ المكافأة. دعا النبي ﷺ إلىٰ المكافأة علىٰ المعروف إذ قال ﷺ: «**من صنع إليكم معروفًا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتىٰ تروا أنكم قد كافأتموه**»(١)، وكان النبي ﷺ يثيب علىٰ الهدية(٢). فينبغي المكافأة وإن لم يشترط إذا نوىٰ التطوع أو كان متعارفاً عليه أن لا أجرة لمثل هذه الأعمال ولا تجب المكافأة علىٰ الطرف الآخر.

٤ ـ اليد السفلىٰ. يكره أن تكون يد المؤمن سفلىٰ؛ وهي اليد الآخذة، بل ينبغي أن تكون يده عليا أو مكافئة لقول النبي ﷺ: «**اليد العليا خير من اليد السفلىٰ**»(٣). وإن لم يشترط أجرة وإن نوىٰ التطوع وإن لم تكن الأجرة متعارفاً عليها؛ ولكنها لا تجب علىٰ الطرف الآخر.

وكما قال تعالىٰ: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّواْ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾(٤)، حتىٰ في التحية ترد عليه بأفضل منها، فإذا قال: السلام عليكم. فلا تقتصر علىٰ «وعليكم السلام»، بل قل: وعليكم السلام ورحمة الله، أو زد «وبركاته». فإذا قال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته فقل: وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته، وتزيد عليها

(٢) رواه أبو داود (١٦٧٢) وصححه الألباني.
(٣) رواه البخاري (٢٥٨٥).
(٤) رواه البخاري (١٤٢٧).
(١) [النساء: ٨٦].

بأن تبتسم في وجهه، فتكون قد زدت عليه، أو تقول له: يا هلا، يا مرحبًا، وتوسع له في المجلس؛ فتكون قد حييته بأحسن منها. ولذا فإن قوله الله ﷻ: ﴿أَوْ رُدُّوهَآ﴾ كأن فيها نوعًا من الكراهة بلا زيادة، والرد في اللغة يختلف عن الإرجاع فالرد فيه نوع من الكراهة.

٥ ـ أن لا يكون فيها ظلم للعامل. كمن غصب أرضًا زراعية فزرعها، وعند جني ثمارها استطاع مالكها استرجاعها؛ فللغاصب أجر العامل ما لم يمنعه الحاكم عقوبة له.

وكذا لو كانت أرض بناء، فبناها الغاصب بناء يرغب فيه المالك، فاسترجعها المالك واستعمل البناء، فللغاصب أجر العامل وأجر المواد لقول الله تعالىٰ: ﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾(١) وقال ﷺ: قال الله تعالىٰ: «**يا عبادي إني حرمت الظلم علىٰ نفسي وجعلته بينكم محرمًا فلا تظالموا**»(٢) ما لم يمنعه الحاكم عقوبة له.

وهذه المسألة لها أربع حالات:

الحالة الأولىٰ: أن يُتْلِف صاحب الأرض هذا الزرع أو البناء، وهذا ممنوع في الشرع لما فيه من إفساد للأموال التي يمكن أن ينتفع بها.

الحالة الثانية: أن يأخذ الغاصب الزرع كله، وهذا فيه إعانة للغاصب علىٰ أن يغصب أراضي الناس ويقوم بزراعتها ويأخذ ما زرعه.

الحالة الثالثة: أن يأخذ المالك كل شيء وينتفع به، وهذا فيه ظلم.

---

(٢) [البقرة: ٢٧٩].

(١) رواه مسلم (٢٥٧٧).

الحالة الرابعة: أن يمتلك المالك الزرع أو البناء وينظر في العرف كم يستحق العامل: إما أجرة أو مزارعة، فيعطي الغاصب ما يستحقه العامل. أما تعزير الحاكم للغاصب فهذا أمر آخر، وهذا الأخير هو الحالة الخامسة هو الراجح والله أعلم.

فلا يوجد نص شرعي يوجب له أجر، ولكن يستدل بالأدلة السابقة على استحقاقه الأجرة.

(ومن أنقذ مال غيره من مهلكة، ومتى كان العمل في مال الغير إنقاذًا له من التلف المشرف عليه كان جائزًا كذبح الحيوان المشرف على الهلاك) ومن أنقذ مال غيره من مهلكة، كأن يرى بعيرًا لفلان يكاد يموت وصاحبه غير موجود فنحره فله أجر على هذا. على التفصيل المذكور؛ والله أعلم.

۞ **المُلَخَّص: يستحق العامل العوض عن عمله بغير شرط بدلالة الحال أو العرف أو الشرع، وإلا فإنه يجوز بلا إيجاب من باب المكافأة أو نوى العامل بعمله العوض.**

❑ ❑ ❑

القاعدة الخامسة والسبعون

فيمن يرجع بما أنفق على مال غيره بغير إذنه لحفظ الحقوق

- من أدى واجباً عن غيره
  - نوى التبرع
    - لا يرجع عليه
    - العائد في هبته كالكلب
  - نوى الرجوع بالمال
    - ترجح فيها وجوب حق الآخرين مع معرفة قدرها
      - يرجع عليه
      - أدى النفقة الزوجية التي على جاره بما هو متعارف عليه
    - ترجح حق الآخرين مع الاختلاف في القدر
    - مختلف في كونه حقاً لهم
- أنفق على ما تعلق به حقه من مال غيره
  - نوى التبرع
    - لا يرجع عليه
  - من نوى الرجوع
    - ترجح فيها وجوب حق الآخرين مع معرفة قدرها
      - يرجع عليه
      - الشركاء في عقار وتعذر تأجيره لعيب فأصلح أحد الشريكين العيب وأبى الآخر
    - ترجح حق الآخرين مع الاختلاف في القدر
    - مختلف في كونه حقاً لهم

۞ المَتْن

القاعدة الخامسة والسبعون

فيمن يرجع بما أنفق على مال غيره بغير إذنه، وهو نوعان:

أحدهما: من أدَّى واجبًا عن غيره.

والثاني: من أنفق على ما تعلق به حقه من مال غيره.

فأما الأول فيندرج تحته صور:

منها: إذا قضى عنه دينًا واجبًا عليه بغير إذنه فإنه يرجع به، وإذا اشترى أسيرًا مسلمًا فأطلقه، والإنفاق عن الغير على من تجب عليه نفقتهم، ونفقة اللقطة، واللقيط، والوديعة.

وأما النوع الثاني: وهو ما يرجع فيه بالإنفاق على مال غيره لتعلق حقه به؛ فله صور:

منها: إنفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه، ومؤنة الرهن من نفقة وعمارة ونحوهما، وعمارة [الدار] المستأجرة.

فَصْلٌ

وقد يجتمع النوعان في صور فيؤدي عن ملك غيره واجبًا يتعلَّق به حقه، وفي ذلك طريقان:

أحدهما: على روايتين أيضًا، وهي طريقة الأكثرين.

والثاني: أنه يرجع هاهنا رواية واحدة، كالإنفاق على الحيوان الرهن والمستأجر.

۞ الشَّرح

(فيمن يرجع بما أنفق على مال غيره بغير إذنه) كمن قضى دينًا عن غيره بغير إذنه، فهل له أن يرجع إلى المدين ويطالبه بالدين؟

لو أنفق أحد الشريكين على المال المشترك مع امتناع الشريك وخشية لحوق الفساد بالمال المشترك إذا لم ينفق عليه؛ فهل له الرجوع على الشريك ومطالبته بدفع نصيبه من المال المدفوع؟

شخصان يمتلكان عمارة، وهذه العمارة تحتاج إلى ترميم لا بد منه بقيمة عشرة آلاف دينار وإلا خرج المستأجرون منها وتعطلت منافع العمارة ولحق الجميع الفساد، فطلب أحد الشريكين من الآخر تدارك الأمر، وعلى كل منهما نصف المبلغ، فامتنع الآخر من الدفع، فسارع الشريك الأول بدفع العشرة آلاف؛ فهل له أن يرجع بمطالبة الشريك الآخر؟

وقبل تفصيل المسألة لا بد من معرفة بعض مسائل:

الأولى: تصرف الفضولي.

الثانية: الرجوع في الهبة.

الثالثة: الحوالة.

الرابعة: الوكالة.

التفصيل:

الأولى: هل يصح تصرف الفضولي؟

رجل باع سيارة آخر دون إذن صاحبها، فهل يصح هذا البيع؟ فيه أقوال:

الأول: منهم من جعله متوقفًا على الإجازة.

الثاني: ومنهم من أبطله.

الثالث: ومنهم من جعله متوقفًا على الحاجة وعلى الإجازة.

القول الأول: إن تصرف الفضولي موقوف على إجازة المالك؛ فإن أجاز البيع صح البيع وإلا لم يصح؛ وهذا قول أبي حنيفة ومالك وقول للشافعي في رواية وأحمد وينسب إلى ابن تيمية(١).

❁ الأدلة

١ ـ عموم الآيات الدالة على جواز البيع، كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾(٢).

نوقش

إن الله أحل البيع المعهود الذي توفرت شروطه، وهذا لم يتوفر شرطه، فالعاقد غير مالكٍ للمعقود عليه ولا وكيله ولا وليه، ومن شروط العقد أن يكون العاقد مالكًا وأن يكون راضيًا، فلو صلى بلا وضوء وقال: بعد الصلاة أتوضأ؟ هذا لا يصح، فلا بد من توفر الشرط عند العقد، فإن لم يتوفر الرضا ولا المُلك لم يصح.

٢ ـ قول الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾(٣)، ونحوها من الآيات.

---

(٢) إنما صححه إذا تصرف به مع الحاجة، انظر مجموع الفتاوى (٢٠/٥٧٧ ـ ٥٧٧) إذ قال: (إذا دعت الحاجة إلى التصرف)، وقال عن هذا القيد (٢٠/٥٧٩): (متفق عليه بين الصحابة)، وقال عن القيد المذكور (٢٠/٥٨٠): (لا بد منه).

(٣) [البقرة: ٢٧٥].

(٤) [النساء: ٢٩].

ووجه الدلالة: أنها دلت على أن الأصل في البيع الحل إذا وجدت دلالة الرضا، وهذا بيع توفرت فيه الشروط مع الإجازة من المالك فكان صحيحًا(١).

نوقش

إن الرضا يكون عند العقد لا بعده، فلا يأتي الرضا بعد انتهاء العقد، والشرط يكون قبل العقد أو مقارناً له، فعندما تم العقد لم يتوفر الرضا فالعقد غير صحيح. وهذا يختلف عن العقد المعلق على شرط الرضا بمعرفة العاقد الآخر.

٣ ـ قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾(٢).

ووجه الدلالة: أن فيها حثًا على التعاون على البر والتقوى. وبيع الأخ لأخيه فيه عون له، إذ يكفيه مؤنة البيع والشراء مع كون البيع موقوفًا على إذنه.

نوقش

إن بيع الفضولي المطلق من التعاون على الإثم والعدوان، وليس من التعاون على البر والتقوى؛ لأنه تعدٍ على مال أخيه المسلم(٣).

أجيب:

بأنه ليس تعديًا إذا كان مقرونًا بإذنه، بل هو إحسان إليه(٤).

نوقش

أ ـ لوكان مقروناً بإذنه لسلِّم له، لكنه غير مقرون بإذنه، وإنما طلب إذنه لاحقاً؛

(٢) انظر بدائع الصنائع (١٤٩/٥)، التصرفات الموقوفة (٦٥).
(٣) [المائدة: ٢].
(٤) انظر المحلى (٣٥١/٧، م ١٤٦٢).
(١) انظر بدائع الصنائع (١٤٩/٥)، الفروق للقرافي (٢٤٤/٣)، مواهب الجليل (٢٧٠/٤)، أحكام إذن الإنسان (١٨٥/١).

فهذا افتئات عليه.

ب ـ لو كان العقد ينص بتعليقه على إذن المالك لكان فيه مدخلاً، وإنما المعقود له والمالك لم يعلما حين العقد بتعليقه على رضا المالك.

٤ ـ حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتراها بدينار وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبي ﷺ، فتصدق به النبي ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته[١].

نوقش

أ ـ الحديث ضعيف لعلتين: في سنده عند أبي داود رجل مجهول، ويوجد في سنده عند الترمذي انقطاع[٢]، ولذا ضعفه البيهقي والخطابي، وأعله الترمذي بهذا.

ب ـ يحتمل أن حكيم بن حزام كان وكيلًا مطلقًا.

جـ ـ دلالة الأولى: فإذا وكله النبي ﷺ بشراء أضحية بدينار ألا يأذن له بأن يعقد صفقة يرجع فيها بدينار وأضحية؟ ودلالة الأولى من أدلة الشرع.

٥ ـ عن عروة البارقي رضي الله عنه، قال: دفع إليّ رسول الله ﷺ دينارًا لأشتري له شاة فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ، فذكر له ما كان من أمره فقال له: «**بارك الله لك في صفقة يمينك**»، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم، فكان من أكثر أهل الكوفة مالًا[٣].

---

(٢) رواه أبو داود (٣٣٨٦)، والترمذي (١٢٥٧)، والدارقطني (٢٨)، والطبراني في الكبير (٣/٢٠٥).

(٣) انظر التلخيص الحبير (٣/٥).

(١) رواه البخاري (٣٦٤٢).

نوقش

أ ـ اعترض على الاستدلال به بمثل الاعتراض على حديث حكيم.

ب ـ كما اعترض بضعف سنده، وممن اعترض بهذا الإمام الشافعي.

جـ ـ لكن الحديث له أكثر من طريق فربما يتقوى، وإذا صح هذا الحديث لم يدل على ما ذهبتم إليه من تصحيح تصرف الفضولي بإجازة المالك، وذلك أن دلالة الأولى معتبرة في الشريعة. فإذا أذن له النبي ﷺ بشراء شاة بدينار أما يأذن له النبي ﷺ بشراء شاتين بدينار؟ فدل على صحة شرائه شاتين بدلالة الأولى، والنبي ﷺ لا يريد شاتين بل يريد شاة واحدة؛ فهذا توكيل ضمني ببيع هذه الشاة؛ فباع الشاة الأخرى. وإذا رضي النبي ﷺ أن يرجع إليه بشاة فبدلالة الأولى أن يرضى بأن يرجع إليه بشاة ودينار. فدلت القرائن على أن النبي ﷺ قد أذن له أصلًا وابتداء وليس كتصرف الفضولي، فهذا ليس بدليل على جواز تصرف الفضولي.

٦ ـ عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ في قصة الثلاثة الذين آواهم الغار، وفيه قال: «... **وقال الآخر: اللهم إني كنت استأجرت أجيرًا بفرق أرز ـ في رواية: بفرق شعير ـ، فلما قضى عمله قال: أعطني حقي. فعرضت عليه فرقه فرغب عنه فلم أزل أزرعه حتى جمعت منه بقرًا ورعاءها، فجاءني فقال: اتق الله ولا تظلمني حقي. قلت: اذهب إلى تلك البقر ورعائها فخذها. فقال: اتق الله ولا تستهزئ بي. فقلت: إني لا استهزئ بك، خذ ذلك البقر ورعاءها، فأخذه فذهب به، فإن كنت تعلم أني فعلت ذلك ابتغاء وجهك فافرج لنا ما بقي. ففرج الله ما بقي**»[(١)].

(١) رواه البخاري (٢٢١٥)، ومسلم (٢٧٤٣).

ووجه الدلالة منه: أنه دل على جواز التصرف من غير المالك بيعًا وشراء، حيث ذكرت على وجه المدح من النبي ﷺ.

نوقش

أ ـ هذا شرع من قبلنا، وفي كونه شرعًا لنا خلاف مشهور.

ب ـ إنه محمول على أنه استأجره بشيء في الذمة ولم يسلمه إليه، فلما عينه له لم يتعين من غير قبض فبقي على ملك المستأجر، ثم تصرف فيه وهو على ملكه، ثم تبرع به له[١].

بينما الأجير له مال في ذمة المستأجر، فلو جاء الأجير وأعطاه مستأجره فرقاً من شعير كان منصفًا وعادلًا.

جـ ـ اعتبر المال الذي في ذمته كأنه مال متعين فاستثمره له ورعاه خشية فساده وهلاكه؛ وجميع ذلك ما هو إلا تفضل منه؛ وهذا جائز كما لو رأى دابة تكاد تهلك فذكاها أو لقطة فاستثمرها.

فهذا المستأجر اشترى بمال الأجير بقرًا ورعاها فتصدق به عليه ولم يأخذ منه شيئاً، فأثنى عليه النبي ﷺ لهذا التصرف، فهذا العمل إحسان إلى الغير لا تصرف فضولي الذي هو تعدٍ على أملاك الآخرين.

د ـ بمثابة القرض اقترضه منه فعند الوفاء كان أحسنهم وفاءً، كما وفى النبي ﷺ رباعيًا بدلاً من بكر.

٧ ـ قياس بيع الفضولي على الوصية الموقوفة على إجازة الورثة، وهي الوصية

(١) انظر إرشاد الساري (٤/١٠٠).

بأكثر من الثلث، والجامع بينهما ظاهر.

نوقش

أ ـ بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الوصية تحتمل الغرر وتصح بالمجهول والمعدوم بخلاف البيع.

ب ـ الخلاف في صحة الوصية الموقوفة مشهور، والراجح بطلانها لأنها تعدٍ علىٰ الحد الذي حده النبي ﷺ.

٨ ـ القياس علىٰ البيع بشرط الخيار، بجامع أن كلًا منهما عقد يتوقف علىٰ الإجازة، فكما أن البيع بشرط خيار ثلاثة أيام يجوز بالاتفاق وهو بيع موقوف علىٰ الإجازة؛ فكذلك بيع الفضولي.

نوقش

بأن البيع بشرط الخيار توفر فيه الرضا من قبل الطرفين وعقد من قبل العاقدين، بينما في بيع الفضولي لا يعلم المالك بالشرط، إضافة إلىٰ أن أحد العاقدين لا حق له بإنشاء العقد.

٩ ـ بيع الفضولي بيع صدر من أهله في محله فلا يلغىٰ، وتصرف العاقل يحمل علىٰ الوجه الأحسن ما أمكن، وفي إلغاء تصرفه إهدار لآدميته.

نوقش

إنه ليس بأهل؛ لأنه ليس مالكًا.

القول الثاني: بطلان تصرف الفضولي، وهو غير متوقف علىٰ الإجازة، فمن أراد أن يشتري فليشتر من المالك، فإذا أراد المشتري أن يصحح الوضع فليبدأ بصفقة

جديدة مع المالك؛ فإن قَبِل المالك وإلا فلا اعتبار له، وكل ما سبق من بيع الفضولي لا اعتبار له ولا يصح شيء منه.

هذا قول الشافعي في الجديد. ومذهب الحنابلة، والظاهرية.

۞ الأدلة

١ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَاۚ﴾[١]، دلت الآية أن تصرف كل نفس يحسب عليها ولا يحسب علىٰ غيرها، فمن تصرف لحساب غيره دون إذنه بطل تصرفه.

٢ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ﴾[٢]، والتصرف في مال الغير إثم وعدوان علىٰ ماله فهو تصرف باطل.

٣ ـ قال النبي ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام**»[٣]، فلا يصح لأحد أن يتصرف في مال غيره أو علىٰ حساب مال غيره إلا بإذنه، فالأصل فيه التحريم، والتحريم يقتضي البطلان.

٤ ـ قال النبي ﷺ: «**من عمل عملًا ليس عليه أمرنا فهو رد**»[٤]، فالتصرف في حساب مال غيره ليس عليه أمر النبي ﷺ، فهو مردود علىٰ صاحبه.

٥ ـ قال النبي ﷺ لحكيم بن حزام: «**لا تبع ما ليس عندك**»[٥]، فنهىٰ النبي ﷺ

---

(٢) [الأنعام: ١٦٤].

(٣) [المائدة: ٢].

(٤) رواه البخاري (٥٥٥٠)، ومسلم (١٦٧٩).

(٥) رواه مسلم (١٧١٨).

(٦) رواه أحمد (٤٠١/٣، ٤٠٣) وصححه ابن حزم (٥١٩/٨) والألباني في الإرواء (١٢٩٢).

عن التصرف فيما ليس عنده، أو التصرف فيما لا يملك أصوله، أولا يملكه، أو لا يملك التصرف فيه.

٦ ـ قال النبي ﷺ: «**لا يحل شرطان في بيع، ولا بيع ما ليس عندك**»[١]، فنهىٰ عن التصرف فيما لا يملكه أو لا يملك التصرف فيه.

٧ ـ قال النبي ﷺ: «**لا نذر فيما لا يملك ابن آدم**»[٢]، والنذر مجرد لفظ يلزم النفس بالتقرب إلىٰ الله فيما لا يملكه؛ فلم يصححه النبي ﷺ وأبطله، فكيف بالتصرف والفعل الذي هو أشد من الإلزام القولي.

٨ ـ الرضا شرط لصحة التصرف والعقد، فلم يتوفر هذا الشرط عند العقد، قال تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾[٣]، أي الرضا عند العقد لا بعد العقد، وإذا لم يتوفر الشرط فالعقد باطل لا اعتبار له.

٩ ـ من شروط صحة البيع أن يملك البائع المبيع أو مأذون له فيه، والفضولي لا يملك المبيع ولم يؤذن له فيه عند العقد، فلم يتوفر شرط المِلك عند العقد فبطل العقد؛ فلا بد وأن يقارن الشرط العقد.

١٠ ـ يفضي إلىٰ الفوضىٰ، حيث سيؤدي إلىٰ تصرف كثير من الناس في أموال غيرهم، وتحبس الأموال والسلع، يؤدي إلىٰ كثرة رفع القضايا لتضرر أصحاب السلع، أو لتضرر البائعين، أو لوقوع الحرج عليهم.

---

(٢) رواه أبو داود (٣٥٠٤).

(٣) رواه مسلم (١٦٤١)، وأبو داود (٣٣١٦)، وأحمد (٤/٤٢٩).

(١) [النساء: ٢٩].

١١ ـ يفضي إلىٰ تجرؤ غير الملاك علىٰ حقوق الملاك ؛ وهذه مفسدة كبرىٰ.

١٢ ـ ماذا لو خسر في الصفقة ، من يتحمل الخسارة ؟ كأن يشتري له أرضًا بـ(٢٥٠) ألف دينار ، ثم بعد أن استشاره انخفضت قيمة الأراضي ، فتضرر صاحب المال أو صاحب الأرض.

١٣ ـ يفضي إلىٰ مفاسد كثيرة ؛ ماذا لو هلكت السلعة ؟ لو خسر البائع ورفض المالك الصفقة ؟ لو تغيرت السلعة قبل رضا المالك ؟ لو مات المالك ؟ لو مات البائع ؟

الثالث: من جعله متوقفاً علىٰ الحاجة لمصلحة المال خشية فساده وعلىٰ إجازة المالك. فإذا اقتضت الحاجة حفاظاً علىٰ المال من مفسدة متحققة كتصرف الملتقط ، أو من أدرك مالاً قبل هلاكه ولا يسعه استئذان المالك فاستنقذه بتصرف منه ؛ كمن أدرك دابة قبل هلاكها فذبحها حفاظاً علىٰ المالية ؛ وهو قول تقي الدين ابن تيمية إذ قال: إذا دعت الحاجة إلىٰ التصرف[١] ، وقال عن هذا القيد: متفق عليه بين الصحابة[٢] ، وقال عن القيد المذكور: لا بد منه[٣]. وهذا الراجح والله أعلم لجمعه بين الأدلة.

المسألة الثانية: عدم جواز الرجوع في الهبة.

إذا وهبت آخر شيئًا تملكه فقبضه فلا يجوز لك أن تعود فيه وتسترجعه ؛ لقول النبي ﷺ: «**العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه**»[٤]. فلا يجوز للواهب

(٢) انظر مجموع الفتاوىٰ (٢٠/٥٧٧ ـ ٥٧٨).

(٣) مجموع الفتاوىٰ (٢٠/٥٧٩).

(٤) مجموع الفتاوىٰ (٢٠/٥٨٠).

(٥) رواه البخاري (٢٥٨٩).

الرجوع في هبته، إلا إذا نوىٰ بيعًا أو معاوضة فتكون الهبة ثمنًا ينوي أن يكون لها مقابل عند الموهوب له. كأن يهديه ويترقب منه هدية؛ لذا حكم العلماء في هذه الصورة أنها معاوضة لقوله ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوىٰ**»(١).

فللموهوب أن لا يقبل الهبة، وإذا قبلها وكان العرف أن يعاوضه بهدية تساميها وجب عليه أن يرد مثلها.

المسألة الثالثة: جواز الحوالة.

١ ـ تعريفها: هو نقل دين من ذمة إلىٰ ذمة، وقيل: هو نقل دين من ذمة المحيل إلىٰ ذمة المحال عليه.

اشترىٰ زيد من عمرو سيارة بخمسة آلاف دينار، وموعد السداد بعد شهر، فقال لعمرو: أنا لي عند أسامة خمسة آلاف دينار وموعد السداد بعد شهر، فأحيلك علىٰ أسامة حتىٰ تستلم منه الخمسة آلاف. أو طلب عمرو من زيد أن يحيله علىٰ أسامة لما له من الحق عليه؛ وأسامة مليء، فأحاله علىٰ مليء، فقد نقل دين من ذمة إلىٰ ذمة.

٢ ـ الدليل علىٰ جوازها قول النبي ﷺ: «**إذا أُتبع أحدكم علىٰ مليء فليتبع**»(٢). وفي رواية: «**إذا أحيل علىٰ ملي فليحتل**»(٣).

٣ ـ الحوالة استيفاء حق وليس بيعًا.

---

(٢) رواه البخاري (١).

(٣) رواه البخاري (٢٢٨٧).

(١) رواه البيهقي (٦/٧٠).

قال ابن تيمية: إن الحوالة من جنس إيفاء الحق لا من جنس البيع. فإن صاحب الحق إذا استوفىٰ من المدين ماله كان هذا استيفاء فإذا أحاله علىٰ غيره كان قد استوفىٰ ذلك الدين عن الدين الذي له في ذمة المحيل، ولهذا ذكر النبي ﷺ الحوالة في معرض الوفاء فقال في الحديث الصحيح: «**مطل الغني ظلم، وإذا أتبع أحدكم علىٰ مليء فليتبع**»(١). فأمر المدين بالوفاء ونهاه عن المطل، وبين أنه ظالم إذا مطل، وأمر الغريم بقبول

الوفاء إذا أحيل علىٰ مليء، وهذا كقوله تعالىٰ: ﴿فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾(٢). ووفاء الدين ليس هو البيع الخاص وإن كان فيه شوب المعاوضة(٣).

٤ ـ أركان الحوالة

أ ـ الصيغة، وهو كل ما يدل علىٰ النقل والتحويل والرضا به، سواء كانت الصيغة إشارة، أو كتابة، أو كلاماً، أو تصرفاً.

ب ـ المحيل، وهو المدين.

جـ ـ المحتال؛ وهو الدائن.

د ـ المحال عليه، وهو من عليه الدين.

هـ ـ المحال به وهو الدين.

٦ ـ شروط الحوالة:

أ ـ رضا المحيل.

---

(٢) رواه البخاري (٢٢٨٧).

(٣) [البقرة: ١٧٨].

(١) مجموع الفتاوىٰ (٢٠ ـ ٥١٢ ـ ٥١٣)، وقد نقله ابن القيم في الأعلام (٣٨٩/١).

ب ـ اشترط بعضهم رضا المحتال، فإذا رضي الاثنان: المحيل والمحتال صحت الحوالة.

جـ ـ لا يشترط رضا المحال عليه.

مسألة: إذا كان لزيد على عمرو دين يبلغ ألف دينار كويتي، فقال أسامة لزيد: أنا أدفع لك دينك ألف دينار كويتي، وأحلني على عمرو لقبض الألف دينار التي لك، فإن قبضتُها فالحمد لله، وإن لم يفعل فهي منحة مني عن عمرو، وأنا متبرع بها عنه، بلا زيادة؛ فلا بأس. فهي هبة مشروطة بعدم القدرة على السداد.

المسألة الرابعة: الوكالة

١ ـ تعريفها: استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخل فيه النيابة.

٢ ـ تتحقق الوكالة باللفظ أو بالفعل أو بالإشارة، أو بأي وسيلة تدل على تفويضه واستنابته.

(وهو نوعان: أحدهما: من أدَّىٰ واجبًا عن غيره) كأن يقضي عنه دينه بغير إذنه، أو أنفق على أولاد غيره النفقة الواجبة بغير إذنه؛ هل للمنفق الرجوع على من وجبت عليه النفقة؟

(والثاني: من أنفق على ما تعلق به حقه من مال غيره) لو اشترك اثنان في شراء عمارة للإيجار بالمناصفة، وامتنع المستأجرون من استئجارها لعيب فيها يحتاج إلى إصلاح قيمته عشرة آلاف دينار، فطلب أحد الشريكين من الآخر أن ينفقا لإصلاح العيب، فأبى الشريك الآخر، فأنفق الأول عليها لإصلاح العيب بنية الرجوع على الشريك الثاني. هل له الرجوع إليه بالمطالبة بخمسة آلاف دينار؟

النوع الأول: (فأما الأول فيندرج تحته صور)

جميع الصور المذكورة تنقسم إلىٰ قسمين:

القسم الأول: من نوىٰ التبرع عمن وجبت عليه النفقة، فلا يجوز له الرجوع عليه لأنها هبة ولا يجوز الرجوع في الهبة الخالصة؛ لأن النبي ﷺ قال: «**العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه**»[(١)].

القسم الثاني: من نوىٰ الرجوع علىٰ من وجبت عليه النفقة، وهذا القسم له ثلاث أحوال:

الحالة الأولىٰ: ما ترجح فيها وجوب النفقة مع معرفة مقدارها.

الحالة الثانية: ما وجبت فيها النفقة ولكن اختلف في قدرها.

الحالة الثالثة: ما كانت موضع خلاف في وجوب النفقة.

فالقاعدة تدور حول **الحالة الأولىٰ**: وهي التي ترجح فيها وجوب النفقة، مع معرفة قدرها إما عرفًا وإما نصًا.

(منها: إذا قضىٰ عنه دينًا واجبًا عليه بغير إذنه فإنه يرجع به) أي يرجع به علىٰ من وجبت عليه النفقة في أصح الروايتين؛ وهو قول ابن تيمية[(٢)].

الدليل

١ ـ الرهن المركوب. قال النبي ﷺ: «**الظهر يُركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن**

---

(٢) رواه البخاري (٢٥٨٩).

(٣) المجموع (٥٦١/٢٠).

الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلىٰ الذي يركب ويشرب النفقة»[١].

فإذا الراهن (مالك الدابة) لم ينفق النفقة الواجبة علىٰ دابته التي هي رهن عند المرتهن فللمرتهن أن ينفق عليها النفقة الواجبة ثم يستوفي عوض نفقته عليها من لبنها وبركوبها.

مثال: استعار زيد من عمرو عقداً من ذهب علىٰ أن يرده عليه بعد شهر، فطالب عمرو زيداً برهن، فأعطاه زيد رهنًا ناقة، فيجوز لعمرو أن يشرب من لبن الناقة أو يركبها إذا كان يعلفها.

قال ابن تيمية: إن نفقته واجبة علىٰ صاحبه (المالك)، والمرتهن إذا أنفق عليه أدىٰ عنه واجبًا، وله فيه حق، فله أن يرجع ببدله، والمنفعة تصلح أن تكون بدلًا[٢].

وقال أيضًا: فإذا قدر أن الراهن قال: لم آذن لك في النفقة. قال: هي واجبة عليك، وأنا أستحق أن أطالبك بها لحفظ المرهون والمستأجَر[٣].

٢ ـ الرضاعة. قال الله تعالىٰ في المطلقة المرضع: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٤].

قال ابن تيمية: فأمر بإيتاء الأجر بمجرد الإرضاع ولم يشترط عقدًا ولا إذن الأب[٥]. وقال: لما كان إرضاع الطفل واجبا علىٰ أبيه؛ فإن أرضعته المرأة

---

(٢) رواه البخاري (٢٥١٢).

(٣) مجموع الفتاوىٰ (٥٦٠/٢٠).

(٤) مجموع الفتاوىٰ (٥٦١/٢٠).

(٥) [الطلاق: ٦].

(٦) مجموع الفتاوىٰ (٥٦٠/٢٠).

استحقت الأجر بمجرد إرضاعها[١]. فترضعه دون إذن الأب ودون عقد ثم ترجع عليه بأجر الإرضاع. فقد أدت عنه حقًا دون إذنه، ثم رجعت عليه بدلالة الآية.

٣ ـ قال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾[٢].

قال ابن تيمية: فأوجب ذلك عليه ولم يشترط عقدًا أو إذنًا[٣].

٤ ـ ضمان الحقوق. من وجبت عليه نفقة فإنه ضامن لها، أو ضامن لمثلها، أو ضامن لقيمتها لقول الله ﷻ: ﴿وَٱلْحُرُمَٰتُ قِصَاصٌ ۚ﴾[٤]، ولوجوب أداء الحقوق. فمن ثبت عليه حق مالي وجب عليه أداؤه سواء للشخص الذي له الحق مباشرة أو بدله، فالبدل له حكم المبدل. فإذا اقترض المستحق بقيمة حقه، فإن الذي وجب عليه الحق ضامن للقيمة، ولم يسقط عنه الحق المالي.

٥ ـ قاعدة «من ترك واجبًا في الصون ضمنه». أي من ترك صيانة شيء وجب عليه صونه فلحقه ضرر ضَمِنه. زيد لحقه ضرر فدفع عمرو عنه عشرة آلاف ليدفع عنه الضرر وهذا المبلغ مناسب لدفع الضرر، فعلى زيد ضمان العشرة آلاف لعمرو. فقد **أحسن غيره** إليه فأنفق عليه بنية الرجوع.

٦ ـ القاعدة الفقهية «الضرر يزال».

أ ـ لما كان الامتناع عن النفقة الواجبة يُلحق ضررًا بالمستحق وجب إزالة الضرر عنه ودفعه، لا سيما إذا كان فيه دفع ضرر أعظم من ضرر النفقة، فيكون المنفق

(٢) مجموع الفتاوى (٣٠/٣٤٩).
(٣) [البقرة: ٢٣٣].
(٤) مجموع الفتاوى (٢٠/٥٦٠).
(١) [البقرة: ١٩٤].

محسنًا إلىٰ المستحق وإلىٰ من وجبت عليه النفقة.

ب ـ لما كان الضرر يلحق بالمنفق المحسن إذا لم يرجع إليه المال الذي أنفقه وجب إزالة الضرر عنه فيرجع به علىٰ المؤدىٰ عنه.

٧ ـ قال الله تعالىٰ ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾. المنفق قد أحسن لمن يستحق النفقة، ودفع عنه الضرر الواقع فيه، ودفع الإثم الذي يلحق الممتنع من النفقة؛ فكان محسنًا «فيلزمه أن يعطيه ما أداه عنه كما يوفي المقرض المحسن»[١]. فالشريعة لا تعاقب المحسن، بل تثيبه وتحث عليه. فالمحسن قد أحسن إلىٰ الأول وأحسن إلىٰ الثاني، والله ﷻ قال: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾[٢].

٨، ٩ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَٰنُ﴾[٣]. إنه أحسن بأداء الحقوق للناس والسعي في رفع الظلم عن المظلومين، وقد قال النبي ﷺ: «**انصر أخاك ظالمًا أو مظلومًا**»[٤]، فهو مأمور بنصرة المظلوم: «أَمرنا رسول الله ﷺ بسبع:... ونصر المظلوم»[٥] ومأمور بنصر الظالم بأن يأخذ علىٰ يديه. فهو مأذون فيه شرعاً، والإذن الشرعي كالإذن اللفظي؛ وهذا **الدليل التاسع**.

١٠ ـ قاعدة «دفع أعظم الضررين بأدناهما». فالممتنع من النفقة الواجبة يعتبر ظالما، ويستحق إما عقوبة بدنية أو مالية بأن يؤخذ منه أكثر من النفقة الواجبة. فالذي سارع وأنفق بدلًا ممن وجبت عليه قد دفع أعظم الضررين بأدناهما، فإنه

---

(٢) انظر مجموع الفتاوىٰ (٣٠/٣٤٨ ـ ٣٤٩).
(٣) [التوبة: ٩١].
(٤) [الرحمن: ٦٠].
(٥) رواه البخاري (٢٤٤٣).
(٦) رواه البخاري (٥٦٣٥).

دفع عنه العقوبة البدنية أو المالية ويَسَّر على المستحقين، فكان موافقًا لقواعد الشريعة[١].

١١ ـ شيوع الفساد. إذ «لو لم يستحق المؤدون عن غيرهم الرجوع لحصل فساد كثير في النفوس والأموال، فإن النفوس والأموال قد يعتريها من الضرر والفساد ما لا يندفع إلا بأداء مال عنهم، فلو علم المؤدون أنهم لا يستحقون الرجوع بما أدّوه إلا إذا أذن ذلك الشخص لم يؤدوا[٢].

١٢ ـ قصة الخضر عليه السلام في خرق السفينة: إذ خرق السفينة بلا إذن أهلها ليحفظ الحقوق، وإن كان بعضهم ربما يعترض عليه قبل خرقها، فلا يلزم الإذن في أداء الحقوق وإرجاع الحقوق لأهلها.

١٣ ـ الحوالة. فمن أنفق لمستحق بغير إذن المدين بمثابة عرض من قبل المنفق للمستحق النفقة على أن يحيله ضمنًا على من وجبت عليه النفقة لقبضها منه؛ فهي حوالة. فالمستحق الذي قبض المال من المحسن بمثابة من اقترض من المحسن ثم أحاله على من وجبت عليه النفقة للمدين، فأحال المحسن على من عليه الحق لصالح المستحق الأول.

مثال: زوجة تستحق مال النفقة فأنفق الجار عليها بنية الرجوع بماله؛ فهي مدينة له، فأحالته على زوجها فهو محال عليه؛ والجار محتال، وهي المحيلة.

١٤ ـ الوكالة. هو توكيل ضمني من المستحق للنفقة للمنفق، فوكله لقبض النفقة ممن وجبت عليه. فإما أن تكون وكالة لفظية أو وكالة ضمنية يعلم فيها المستحق

(٢) انظر المجموع (٣٠/٣٥١).

(١) مجموع الفتاوى (٣٠/٣٥٢).

أن المنفق سيطالب من وجبت عليه، وقد رضي الوكيل بذلك.

(وإذا اشترىٰ أسيرًا مسلمًا فأطلقه) لأن الأسير يجب عليه افتداء نفسه ليتخلص من الأسر، وافتكاك الأسرىٰ مطلوب شرعًا، فإذا فداه غيره فقد أدىٰ عنه واجبًا رجع به عليه. فيُرغَّب بجواز الرجوع في المال المنفق عليه لئلا تقل الرغبة فيه[1].

(والإنفاق عن الغير علىٰ من تجب عليه نفقتهم) كالنفقة علىٰ الزوجات والأولاد والرقيق والبهائم إذا امتنع من تجب عليه النفقة.

مثاله: رجل امتنع من النفقة علىٰ زوجته وعلىٰ أولاده وعلىٰ الرقيق وعلىٰ البهائم، فأنفق جاره علىٰ المستحقين ما يستحقونه عرفاً سواءً للزوجة والأولاد جاز له الرجوع علىٰ الزوج ما أنفقه.

(ونفقة اللقطة) لو كانت اللقطة حيوانًا يحتاج في حفظه إلىٰ مؤنة، أو كانت اللقطة ذهبًا أو كنزًا يحتاج إلىٰ حفظ أمين فيحفظ في شركات كبرىٰ بالأجرة؛ لا سيما إذا تعسر الوصول إلىٰ المالك. فيرجع عليه بالنفقة.

(واللقيط) فيرجع بما أنفقه عليه من بيت المال.

مثال: وجد طفلًا لقيطًا فأخذه وأنفق عليه وكان ناويًا الرجوع بما أنفقه عليه، إذ بلّغ الهيئة المختصة بهذا الأمر، فاستلموه بعد شهر أو شهرين، فبيت المال يرجع له المال الذي أنفقه.

(والوديعة) لو كانت الوديعة تحتاج إلىٰ صيانة لئلا تفسد، سواءً كانت حيوانًا أم أجهزة أم آلات.

(١) انظر القواعد لابن رجب (٢/٧٥ ـ ٧٦).

(وأما النوع الثاني: وهو ما يرجع فيه بالإنفاق علىٰ مال غيره لتعلق حقه به) قد مر ذكر بعض الصور ؛ كالمشتركين في شراء دار «عقار» وتعذر تأجيره لعيب فيه ، فأبىٰ أحدهما مشاركة الآخر في إصلاح العيب ، وتبين أنه لا بد من هذه النفقة لحفظ المال المشترك وإلا حل الفساد فيه ، فسارع الآخر إلىٰ النفقة عليه وإصلاح العيب لئلا يلحقهم الضرر ؛ جاز ويرجع عليه ما أنفق .

۞ الأدلة

١ ـ ما سبق من الأدلة ، ويزاد عليها:

١٤ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ﴾(١) ، فبترك الإنفاق عليه يلحق الدار فساد وضرر ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ﴾ .

١٥ ـ إذن النبي ﷺ لهند بنت عتبة رضي الله عنها امرأة أبي سفيان بأن تأخذ من مال أبي سفيان ما يكفيها وولدها بالمعروف(٢) ، فلو لم ينفق عليهم للحقهم الفساد ، فإذا أنفقت من مالها علىٰ نفسها وولدها ما يكفيهم بنية الرجوع عليه للحفاظ علىٰ حقها درءاً للفساد المحتمل أن يلحق بها وبأبنائها فلها الحق بأن ترجع عليه وتأخذ من ماله دون إذنه . وكذا في المسألة المبحوثة للحفاظ علىٰ حق المنفق .

(فله صور: منها: إنفاق أحد الشريكين علىٰ المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه) للحوق الضرر بالشريك لو تأخرت النفقة ، مثل ما مر في مثال اشتراك زيد وعمرو في عمارة .

(ومؤنة الرهن من نفقة وعمارة ونحوهما) للحفاظ علىٰ الرهن لحفظ الوثيقة

---

(٢) [البقرة: ٢٠٥] .

(٣) رواه البخاري (٥٣٦٤) .

المالية ليمكنه الاستيفاء منها لحفظ حقه ؛ إذ علة الرهن حفظ حق المرتهن بسلامة الرهن «وهو غرض صحيح»[١] ، فربما تنقص قيمة الرهن لعدم النفقة عليه وعدم عمارته فتنتفي فائدة الرهن ، ولا تتحقق به علة الرهن .

(وعمارة [الدار] المستأجرة) «المستأجر يعمر الدار المستأجرة . **ينظر فيه:**

١ ـ إذا قصد به إصلاح الدار المستأجرة لترميم منكسر وإقامة مائل ؛ فهذا يدخل في القاعدة .

٢ ـ أما تجديد بناء فلا يلزمه ، إلا إذا كان معروفًا عرفًا ، أو منصوصًا نصًا .

مثال: استأجر زيد عمارة من عمرو مدة عشر سنوات ، لكن هذه العمارة تحتاج إلىٰ ترميم ، وزيد اتفق مع عمرو صاحب العمارة علىٰ الترميم ، ولكن لم يقم عمرو بترميم العمارة ، فرممها زيد بما هو متفق عليه أو متعارف عليه ؛ فله أن يطالب عمراً ما أنفقه لترميم العمارة .

(فصل: وقد يجتمع النوعان في صور فيؤدي عن ملك غيره واجبًا يتعلَّق به حق) وهو أن يكون ملك غيره يستحق نفقة واجبة ولو لم ينفق عليه للحقه الضرر أو الفساد فأنفق عليه بقصد إصلاحه ، وكذا للمنفق حق فيه فأنفق عليه بنية ثانية ، فله نيتان: نية الإحسان إلىٰ المستحق ونية حفظ حقه .

من صوره

١ ـ أن يكون لرجل جِمال ، فجعلها صاحبها للاستئجار ، وجعل عليها جَمّالًا . فلما استأجرها رجل هرب الجمَّال . فتعلق بالمستأجر حق في الجمال وتعلق بالجِمال حق ، فأنفق المستأجر علىٰ الجِمال لحفظ مال مالكها ، ولحفظ حق نفسه

(١) القواعد (٨٢/٢) .

في إتمام استئجارها.

٢ ـ رهن الخيل. لو كان لرجل خيلٌ فإنها تحتاج للعلف. فلو تركها بلا علف لربما هلكت وفسدت لاسيما في بيئة ليس فيها موضع تسوم فيها الخيول. فالنفقة عليها لحفظ الخيل.

فلو كانت هذه الخيل رهنًا لأصبح فيها حق للخيل وحق للمرتهن لئلا تفسد عليه الخيل، فأنفق عليها لحفظها ولحفظ حق نفسه.

(وفي ذلك طريقان أحدهما: علىٰ روايتين أيضًا، وهي طريقة الأكثرين) أي القول الأول أن في المسألة روايتين:

الأولىٰ: له الرجوع.

الثانية: ليس له الرجوع.

(والثاني: أنه يرجع هاهنا رواية واحدة)

أي القول الثاني أنه لا يوجد في المذهب إلا رواية واحدة وهي: الرجوع بالنفقة.

والصحيح: أنه يجوز له أن يرجع بما أنفقه عليها إذا نوىٰ الرجوع عليه بالنفقة.

وبهذا يتبين أن من أدىٰ واجبًا عن غيره سواء له حق في الملك أم لا ولكن بنية الرجوع فإنه له الرجوع بالنفقة.

(كالإنفاق علىٰ الحيوان الرهن) سبق تمثيله برهن الخيل.

(والمستأجر): كاستئجار الجِمال والجمَّال معهم ثم هرب.

❁ **المُلَخَّص: يجوز الرجوع بما أنفق علىٰ مال غيره بغير إذنه إذا أدىٰ واجباً عن غيره أو أنفق علىٰ ما تعلق به حقه من مال غيره ما لم ينو التبرع.**

القاعدة السادسة والسبعون

الشريكان في عين مالٍ أو منفعة إذا كانا محتاجين إلى دفع مضرة أو إبقاء منفعة؛ هل يجبر أحدهما على موافقة الآخر؟

- **كل منهما لا يستطيع تحقيقه إلا بالاشتراك مع الآخر**
  - يجبر عليه
  - كانهدام حائط مشترك
- **إذا أمكن أحدهما أن يستقل بتحقيقه لنفسه**
  - لم يجبر عليه
  - كالتمديدات الصحية والكهربائية للقسم الخاص به
- **إذا أراد الممتنع الانتفاع بما فعله شريكه مما لم يشاركه فيه**
  - أجبر عليه
  - كالانتفاع بالتمديدات الكهربائية
- **إذا كان من نوافل الأمور**
  - لم يجبر عليه
  - كطلاء المبنى المشترك من باب التحسينات وليس الحاجيات

۞ المَتْن

القاعدة السادسة والسبعون

الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين إلىٰ دفع مضرة أو إبقاء منفعة أجبر أحدهما علىٰ موافقة الآخر في الصحيح من المذهب. كانهدام الحائط أو السقف المشترك، وتعمير القناة المشتركة، وطلب القسمة فيما يقبلها يجبر عليه الآخر.

وقسمة المنافع بالمهايأة؛ هل تجب الإجابة إليها أم لا؟ وجهان: المشهور عدم الوجوب.

والزرع والشجر المشترك إذا طلب أحد الشريكين سقيه وهو محتاج إلىٰ ذلك أجبر الآخر عليه.

۞ الشَّرْح

هذه القاعدة نافعة، وصورتها: شريكان في امتلاك بيت يحتاج إلىٰ إصلاح بقيمة خمسة آلاف دينار كويتي، فطلب أحد الشريكين من الآخر المساهمة بمقدار نصيبه لإصلاح الخلل ليؤجر وإلا أعرض المستأجرون عنه، فرفض الشريك؛ حينئذ يُجبر علىٰ المساهمة بنصيبه من هذا الإصلاح.

(الشريكان في عين مال) كالمشتركان في ملك بيت.

(أو منفعة) كالشركين في إيصال الكهرباء إلىٰ بيتيهما، أو في إيصال الماء إليهما، أو في قنوات الصرف الصحي المشترك بينهما.

(إذا كانا محتاجين إلىٰ دفع مضرة أو إبقاء منفعة)

المشتركان في ملك بيت للتأجير وكان معرَّضًا لسقوط حائطه ؛ فهما محتاجان لدفع المضرة ، أو احتاج إلى صيانة وترميم ليستمر تأجيره ؛ فهما محتاجان لإبقاء المنفعة .

اثنان متجاوران في السكن ، بينهما تمديدات مشتركة للكهرباء والصرف الصحي ؛ فحصل عطل في الصرف الصحي المشترك ولا بد من إصلاحه ، فاشترطت شركة صيانة الصرف دفعَ مبلغٍ من المال لتسليكه بعد العطل الذي أصابه ، فرفض أحد الشريكين المساهمة في قيمة الإصلاح .

أو لإيصال تيار الكهرباء ؛ اشترطت شركة الكهرباء دفع مبلغ من المال لإيصال الكهرباء إلى بيتيهما ، ولا يصح منفرداً إذ التمديدات الكهربائية مشتركة بينهما ؛ فرفض الآخر .

(أجبر أحدهما على موافقة الآخر في الصحيح من المذهب) هذه المسألة لها أحوال:

الحالة الأولى: إذا كان كل منهما لا يستطيع دفع الضرر أو إبقاء المنفعة إلا بالاشتراك مع الآخر ، كالأمثلة السابقة .

الحكم: فإن الآخر يجبر عليه .

الدليل

ما سبق ذكره من الأدلة في القاعدة السابقة (القاعدة الخامسة والسبعون) .

١ ـ يجبر على الإنفاق على المرضعة . قال الله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[١] ، وقال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٢] .

---

(٢) [البقرة: ٢٣٣] .

(٣) [الطلاق: ٦] .

قال ابن تيمية: فلم يشترط إذن الأب[١]. ويجبر على أجرة الرضاع للرضاعة؛ لأن المصلحة مشتركة بين الزوج والزوجة؛ وكذلك في الرهن مصلحة مشتركة بين مالك الراهن والمرتهن.

٢ ـ قال الله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ﴾[٢]. فامتناع الشريك الثاني سبب لفساد مال الشريك الأول، والله تعالى لا يحب الفساد. فامتناع الثاني يدخله في زمرة المفسدين الذين يجب أن يجبروا على إزالة فسادهم.

٣ ـ انتفاع المرتهن بالرهن إذا أنفق عليه. لو امتنع الراهن من النفقة على الرهن فإن للمرتهن النفقة عليه والانتفاع بركوب الرهن أو شرب لبنه دون إذن من الراهن لإبقاء الرهن سليمًا معافى ولدفع الضرر عنه؛ للحديث: «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا**»[٣].

٤ ـ قاعدة «الضرر يزال». فإذا كان أحد الشريكين سيتضرر فلا بد من إجبار الشريك الآخر على الموافقة لإزالة الضرر عنه لأنه متضرر بامتناعه؛ فلا يزال الضرر عن الشريك إلا بإجبار الشريك الآخر على الموافقة.

٥ ـ قاعدة «تحريم الظلم ووجوب رفعه». الشريك الممتنع عن الموافقة يعتبر ظالمًا لشريكه للحوق الضرر به عند امتناعه، فيُلزم برفع الظلم الذي هو سبب فيه، قال الله تعالى في الحديث القدسي: «**يا عبادي، إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرمًا فلا تظالموا**»[٤]، وقال ﷺ: «**المسلم أخو المسلم لا**

(٢) مجموع الفتاوى (٢٠/٥٦٠).
(٣) [البقرة: ٢٠٥].
(٤) رواه البخاري (٢٥١٢).
(٥) رواه مسلم (٢٥٧٧).

يظلمه ولا يسلمه»[١].

٦ ـ قاعدة «دفع أعظم الضررين باحتمال أدناهما». فالممتنع عن موافقة الشريك سيلحق أضرارًا بمال شريكه، مما يؤدي إلىٰ تفاقم الأضرار في حق الطرفين، فيدفع أعظم الضررين باحتمال أدناهما.

فالأمر يدور بين تعطيل حق الشريكين بالكلية وإلحاق الضرر بهما جميعًا، وبين إلزام الشريك بالموافقة لدفع المضرة عنهما وإبقاء المنفعة لهما؛ فالإجبار أولىٰ، فهذا أدنىٰ الضررين الذي يحتمل لدفع أعظمهما[٢].

٧ ـ خرق الخضر عليه السلام للسفينة. فإذا جاز للخضر عليه السلام أن يخرق السفينة إبقاء لمنفعتها لأصحابها دون إذنهم وليس للخضر منفعة؛ فقيام الشريك بعمل ما إبقاء لمنفعته ومنفعة شريكه دون إذن الشريك من باب أولىٰ.

٨ ـ إذن النبي ﷺ لهند بنت عتبة بأخذها من مال زوجها بالمعروف ما يكفيها وولدها من النفقة. فعن عائشة رضي الله عنها قالت: جاءت هند بنت عتبة بن ربيعة فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل مِسِّيك، فهل عَليّ حرج أن أطعم من الذي له عيالنا؟ فقال: «**لا حرج عليك أن تطعميهم من معروف**»[٣]. فالأولاد منفعة مشتركة، فأُجبر الشريك علىٰ موافقة شريكه في الإنفاق وإلا أُخذ دون إذنه.

٩ ـ حديث: «**من أعتق شركًا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطىٰ شركاءه حصصهم، وعتق عليه العبد، وإلا عتق عليه ما عتق**»[٤].

---

(٢) رواه البخاري (٢٤٤٢)، ومسلم (٢٥٦٤).
(٣) انظر القواعد لابن رجب (٢/٩٠).
(٤) رواه البخاري (٧١٦١).
(١) رواه البخاري (٢٥٢٢)، ومسلم (١٥٠١).

وجه الاستدلال: أن الشركاء يجبرون على موافقة المعتق على شرائه العبد لعتقه، أو الخروج من ذلك بموافقته في عتقه فيعتق كل منهم نصيبه من العبد.

مثال: أربعة اشتركا في ملك عبد وكل من الأربعة يملك الربع، فقال أحد الشركاء: نصيبي من العبد حر. فهنا ننظر إلى قيمة العبد في السوق، فكانت قيمته أربعين ألفًا، فيجب على المعتق أن يعطي سائر الشركاء نصيبهم ويجبرهم عليه ويعتق العبد.

١٠ ـ الشفعة. لو أراد الشريك أن يبيع شقصه لغير شريكه دون إذنه فللشريك الآخر إجباره على بيعه إياه بحق الشفعة؛ للحديث: «**الجار أحق بسقبه**»[١].

مثال ذلك: زيد وعمرو يملكان سيارة، وأراد زيد أن يبيع نصيبه من السيارة فباعه لأخيه، فاعترض عمرو وقال: أنا أولى لحق الشفعة. فيُجبر زيد عليه، وهذا حق الشفعة وذلك لدفع الضرر المحتمل عن عمرو؛ فكيف إذا كان الضرر متحققاً!

١١ ـ حديث: «**لا يمنع أحدكم جاره أن يغرس خشبة في جداره**»[٢].

وجه الاستدلال: إذا أجبر الجار الملاصق على قبول خشبة جاره لحاجته مما لا يلحق المضرة به، فإجباره على دفع الضرر عن كليهما أولى.

١٢ ـ عن عبد الله بن الزبير أن رجلًا من الأنصار خاصم الزبير عند رسول الله ﷺ في شراج الحرة التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سَرِّح الماء يمر. فأبى عليه الزبير، فاختصما عند رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ للزبير: «**اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلى جارك**». فغضب الأنصاري فقال: يا رسول الله

---

(٢) رواه البخاري (٢٢٥٨).

(٣) رواه مسلم (١٦٠٩).

أن كان ابن عمتك! فتلون وجه نبي الله ﷺ ثم قال: «**يا زبير اسق، ثم احبس الماء حتىٰ يرجع إلىٰ الجدر**»(١).

وجه الاستدلال: إن للجار حقاً في الماء بعد بلوغ الماء الجدر عند جاره، فيجبر بعدها الجار إلىٰ إرساله إلىٰ جاره لدفع المضرة أو إبقاء المنفعة.

الحالة الثانية: إذا أمكن أحدهما أن يستقل بدفع الضرر عنه لم يجبر الآخر معه؛ وذلك لانعدام المقتضىٰ لإجبار الشريك علىٰ الموافقة.

الحالة الثالثة: إذا أراد الشريك الممتنع الانتفاع بما فعله شريكه مما لم يوافقه عليه ولم يشاركه في تحمل نفقته ولا العمل به؛ فله منعه حتىٰ يعطيه حصة ملكه من النفقة أو يقاصه.

مثال: بيت مشترك بين اثنين، فرفض أحدهما أن يساهم بقيمة إصلاح الصرف الصحي، وإذا لم يتم الإصلاح لم يستأجره أحد. فإذا قام أحدهما بإصلاحه وأجّره جاز له أن لا يعطي الآخر شيئاً من الأجرة حتىٰ يعطيه نصيبه المستحق من المساهمة، أو يقاصه من إيجار البيت.

الدليل: ما سبق من الأدلة.

لأنها أدنىٰ صورة من صور إجباره علىٰ قبول مشاركته.

الحالة الرابعة: إذا احتاجا إلىٰ تجديد منفعة مما لا تدخل في الحالة الأولىٰ، أي ليس فيها إزالة الضرر عن الشريك أو إبقاء المنفعة، ولكنها من نوافل العمل، كالطلاء السنوي للبيت وتجديد الأثاث؛ فلا يجبر عليها لزوال المقتضي لإجبار الشريك علىٰ الموافقة.

---

(١) رواه البخاري (٢٣٥٩)، ومسلم (٢٣٥٧).

مما يدخل في الحالة الأولىٰ:

(كانهدام الحائط أو السقف المشترك) وهذا واضح ويدخل في الحالة الأولىٰ.

(وتعمير القناة المشتركة) وهو الماء الذي يمر بين البستانين «الحائطين». فإذا احتاجت القناة إلىٰ حفر أو صيانة لاستمرار تدفق الماء فيها فإن الشريك يجبر علىٰ ذلك.

(وطلب القسمة فيما يقبلها يجبر عليه الآخر) وهذا له حالتان:

الأولىٰ: إذا لم يكن في القسمة ضرر علىٰ أحد الشريكين فإنه يجبر عليها، ويجبر علىٰ الالتزام بنصيبه من كلفتها.

من صورها: أرض مشاعة بين اثنين مساحتها ألفا متر مربع، ولكل منهما نصيب الشطر. فإذا طلب أحد الشريكين قسمتها أجبر الآخر علىٰ الموافقة، ويلتزم الاثنان بتكاليف قسمتها عند الشركات المختصة والهيئات الحكومية المختصة لما سبق من الأدلة.

الثانية: إذا كان فيها ضرر علىٰ الشريك الآخر.

مثال: لو أدت القسمة إلىٰ نقصان ثمنها فإنها تباع ويعطىٰ كل منهما نصيبه منها، أو يشتريها أحدهما، أو تترك بلا بيع ولا قسمة إذا كان فيها ضرر كذلك وترفع إلىٰ الحاكم.

۞ **الأدلة:** ما سبق من الأدلة التي ترجح إلزام الشريك بقبول قول المتضرر.

(وقسمة المنافع بالمهايأة) وهو أن يجعل لكل شريك من الشركاء نوبة ووقتًا لاستيفاء المنفعة. من صورها: اشترك اثنان في بئر لكل منهما الشطر، فطلب

أحدهما القسمة بالمهايأة بأن يجعل له يوم ولشريكه يوم. أو كانت بينهما سيارة مشتركة، فطلب أحدهما أن يكون له يوم ينتفع بها وللآخر يوم. أو بينهما شقة، فطلب أحدهما أن يكون له أسبوع ينتفع بها وللآخر أسبوع، وهكذا.

* **أولًا**: هل تجوز المهايأة؟ نعم.

* **ثانيًا**: الأدلة على جواز المهايأة:

١ ـ ناقة ثمود، قال الله تعالى على لسان نبيه صالح: ﴿قَالَ هَٰذِهِۦ نَاقَةٌ لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ﴾(١). وقال سبحانه: ﴿إِنَّا مُرْسِلُوا۟ ٱلنَّاقَةِ فِتْنَةً لَّهُمْ فَٱرْتَقِبْهُمْ وَٱصْطَبِرْ ۝٢٧ وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ ۖ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ﴾(٢). فكان لها يوم تشرب فيه من البئر ولهم يوم يشربون من البئر، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يمنعه دليل.

٢ ـ قسمة الزوجات. لقد شرع الله تعالى للمتزوج من أكثر من واحدة أن يقسم بينهن فيجعل لكل واحدة ليلة؛ وهذا هدي النبي ﷺ.

٣ ـ السفر بالزوجات. كان النبي ﷺ يقرع بين نسائه في السفر فمن تقع لها القرعة خرجت معه.

٤ ـ بئر رومة. قال النبي ﷺ: «**من حفر رومة فله الجنة**»(٣). فاشترى عثمان رضي الله عنه نصفها من اليهودي باثني عشر ألف درهم، فكان له يوم يستقي منها المسلمون ولليهودي يوم، ثم اشتراها كلها عثمان رضي الله عنه.

(**هل تجب الإجابة إليها أم لا؟**) المسألة لها أحوال:

---

(٢) [الشعراء: ١٥٥].

(٣) [القمر: ٢٧، ٢٨].

(١) رواه البخاري معلقاً (٢٧٧٨) ووصله الإسماعيلي. انظر الفتح (٥/٤٠٧).

الحالة الأولىٰ: إذا لم يكن ثمة مخرج إلا القسمة وجبت الإجابة إليها ؛ كحال الزوجات في القسمة.

الحالة الثانية: إذا كانت المهايأة فيها مضرة لأحد الشريكين ؛ فإنه يُلجأ إلىٰ ما هو أنفع منها وأقل ضررًا.

الحالة الثالثة: إذا تساوت مع خيار آخر، فلا تجب وإنما تستحب، فيُخيّر الشريكان بينهما. فإذا اختارا أحد الخيارين قدم الخيار المختار، وإذا اختلفا لجآ إلىٰ القرعة.

(وجهان: المشهور: عدم الوجوب): قد سبق البيان.

(والزرع والشجر المشترك إذا طلب أحد الشريكين سقيه وهو محتاج إلىٰ ذلك أجبر الآخر عليه): لهما شجر مشترك، فطلب أحد الشريكين أن يقوم رجل بسقي الشجر وله نصيب مشاع من نتاج ثمرة مما هو متعارف عليه. فإذا احتاج إلىٰ ذلك أُجبر الآخر عليه لأن السقي لحفظ الأصل وإبقائه ؛ فهو كدعامة السقف إذا انكسر بعض خشبه، وكالحائط المائل بل أولىٰ. وقد سبق ذكر الأدلة عليه.

۞ المُلَخَّص: الشريكان في عين مالٍ أو منفعة إذا كانا محتاجين إلىٰ دفع مضرة أو إبقاء منفعة أجبر أحدهما علىٰ موافقة الآخر إلا إذا أمكن لأحدهما أن يستقل بتحقيقه لنفسه أو كانت الحاجة من نوافل الأمور.

❑ ❑ ❑

القاعدة السابعة والسبعون

من اتصل بملكه ملك غيره متميزاً عنه وهو تابع له، وفي إبقائه على الشركة ضرر، ولم يفصله مالكه

- **لم يمكن فصله إلا بضرر يلحق مالك الأصل**
  - **لا يتضرر مالك الأصل بتملكه له**
    - **ليس بينهما اتفاق مسبق ولا عرف**
      - يجبر مالك التبع على قبول قيمة المثل
      - استأجر أرضاً ثلاثين عاماً ليبني عليها فبنى عليها ولم يكن بينهما اتفاق على ما بعد تلك المدة
    - **بينهما اتفاق مسبق في كيفية التصرف بالتبع، ولكن المستأجر لم يفصله**
      - يجبر مالك التبع على العمل بالاتفاق المسبق
    - **مالك التبع متعد وقَبِل مالك الأصل بتملك التبع**
      - استأجر أرضاً للغرس مدة ولكنه بنى عليها وانتهت المدة
      - يخير مالك الأصل بين تأجيره أو المشاركة في البناء
      - يعزر المتعدي بنصيبه
    - **مالك التبع متعد ولا يرغب مالك الأصل بتملكه**
      - له إزالته بلا عوض
      - ويضمن المتعدي الضرر الذي يلحق الأصل
  - **في بقائه ضرر على الأصل ولو تملكه مالك الأصل**
    - له إزالته بلا عوض
    - **ليس بينهما اتفاق مسبق أو عرف**
      - له إزالته بلا عوض
    - **بينهما اتفاق مسبق أو عرف في كيفية التصرف بالتبع**
      - يجبر مالك التبع على الاتفاق أو العرف
    - **مالك التبع متعد**
      - له إزالته بلا عوض
      - ويضمن المتعدي
- **يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل**
  - يفصل؛
  - وليس لمالك الأصل تملكه قهراً

۞ المَتْن

القاعدة السابعة والسبعون

من اتصل بملكه ملك غيره متميزًا عنه وهو تابع له ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه، وفي إبقائه على الشركة ضرر، ولم يفصله مالكه؛ فلمالك الأصل أن يتملَّكه بالقيمة من مالكه ويجبر المالك على القَبول.

وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل؛ فالمشهور أنه ليس له تملكه قهرًا لزوال ضرره بالفصل.

ويتخرَّج على هذه القاعدة صور، منها:

غراس المستأجر وبناؤه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك؛ فللمؤجر تملكه بالقيمة. وغراس المستعير والمشتري في الأرض المشفوعة، والمفلس، والمشتري من الغاصب، وبناؤهم.

۞ الشَّرْح

(**من اتصل بملكه ملك غيره متميزًا عنه وهو تابع له**) استأجر أرضًا مدة عشر سنوات فغرس فيها شجراً، ثم رد الأرض بعد عشر سنوات وعليها غرسه؛ فالأرض يملكها المؤجر، والغرس يملكه المستأجر وهو تابع للأرض. فالغراس متميز عن الأرض، وهو تابع له بحيث لا ينبت الشجر دون أرض، فالشجر تبع والأرض هي الأصل.

أو استأجر أرضًا مدة (٣٠) سنة، فبنى عليها عمارة وأجرها، ثم انقضت (٣٠) سنة وعليها البناء؛ فالأرض يملكها المؤجر، والبناء يملكه المستأجر وهو متميز عن الأرض وتابع لها.

(ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه) إزالة الغرس من الأرض إفساد للغرس، وفصل البناء عن الأرض إفساد للبناء.

(وفي إبقائه على الشركة ضرر) مالك الأرض يريد أن ينتفع بأرضه؛ يريد أن يغرسها أو يزرعها أو يبني عليها بناءً، ووجود الغرس السابق والبناء السابق مانع له؛ ففيه ضرر عليه.

(ولم يفصله مالكه) لم يفصله المستأجر للحوق الضرر به لو فصله؛ فالبناء لا يمكن فصله إلا بهدمه، والغرس يفسد بفصله.

(فلمالك الأصل أن يتملَّكه بالقيمة من مالكه) مالك الأرض «المؤجر» يلجأ إلى أهل العدل ليقيّموا الغرس أو البناء، فيمتلكه بقيمته وتعطى للمستأجر.

(ويجبر المالك على القَبول) يجبر المستأجر «مالك الغرس أو مالك البناء» على قبول قيمة غرسه أو بنائه.

وهذه المسألة لها أحوال:

الحالة الأولى

أن مالك التبع ليس متعديًا بغرسه ولا ببنائه، فلم يكن غاصبًا للأرض، ولم يكن خالف الاتفاق مع مالك الأرض في الغرس أو البناء، ولم يكن خالف العرف في كيفية الانتفاع بالأرض، فالأمور كلها متفق عليها.

فانتفع بها انتفاعًا متعارفًا عليه بغرسه أو بنائه، أو متفقًا عليه مع مالك الأصل «مالك الأرض»، ولكن لا يوجد اتفاق مسبق في كيفية التعامل مع الغرس أو البناء بعد الثلاثين سنة لا عرفًا ولا نصًا في العقد، فغفلوا عن هذا الأمر، ولم

يكن ثمة حرج على مالك الأصل «المؤجر» ولا يتضرر بملكه للغرس أو البناء.
في هذه الحالة: يجبر مالك التبع على قبول قيمة غرسه أو بنائه بقيمة المثل يأخذها من مالك الأصل.

❁ **الأدلة:** ما سبق في القاعدة السابقة.

١ ـ انتفاع المرتهن بالرهن «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا**»(١).

٢ ـ الإجبار على نفقة المرضعة، قال الله تعالى: ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(٢).

٣ ـ قاعدة (الضرر يزال).

٤ ـ تحريم الظلم ووجوب رفعه.

٥ ـ والله لا يحب الفساد.

٦ ـ دفع أعظم الضررين بأدناهما.

٧ ـ خرق الخضر عليه السلام للسفينة دون إذن أصحابها لمصلحتهم.

٨ ـ إذن النبي صلى الله عليه وسلم لهند رضي الله عنها بأخذ ما يكفيها وولدها بالمعروف دون إذن من المالك.

٩ ـ عتق الشقص، قال صلى الله عليه وسلم: «**من أعتق شركًا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قُوِّم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعَتَق عليه العبد، وإلا فقد عتق منه ما عتق**»(٣).

---

(٢) رواه البخاري (٢٥١٢).

(٣) [الطلاق: ٦].

(١) رواه البخاري (٢٥٢٢).

١٠ ـ الشفعة تملك للشفيع دون إذن المالك.

الحالة الثانية

أن يكون بينهما اتفاق مسبق في كيفية التصرف بالتبع بعد انتهاء مدة الإجارة وهو أن يقلع المستأجر غرسه أو بنائه، ولكن المستأجر لم يفصله ولم يقلع بناءه ولا غرسه، وفي فصله ضرر علىٰ مالك الغرس أو البناء، ومالك الأصل لا يلحقه ضرر لو تملك التبع من غرس أو بناء. فالحكم: كالحالة الأولىٰ.

الحالة الثالثة

المستأجر متعد بغرسه أو بنائه. فربما يكون غاصبًا للأرض أو غَرَسَ ما لم يكن متفقًا عليه، أو بنىٰ في أرض المؤجر ولم يأذن له بالبناء لا عرفًا ولا عقدًا. ففي قلع الغرس أو البناء إفساد له، ولم يمتنع مالك الأرض من تملك الغرس أو البناء.

فالراجح: أن يخير مالك الأرض بين أجرة المتعدي أو بنظام المشاركة طيلة سنوات الغصب، ويُقيَّم الغرس أو البناء؛ فيقيم حق المشاركة الذي قام به المتعدي أو الغاصب بما هو متعارف عليه، ويعزر المتعدي والغاصب من قبل الحاكم؛ قال أحمد: يملكها بالقيمة. وقال أبو الخطاب: يشارك الغاصب المالك بالربح. وقال ابن تيمية: يكون بينهما[١].

مثال: غصب أرضًا، فرفعه المالك إلىٰ الحاكم، وظلت في المحاكم عشرين سنة ثم قضي لمالك الأرض وأخذ الأرض فإذا عليها بناء أو غرس أشجار لهذا الغاصب؛ فكيف التصرف؟ هل المالك يأخذ البناء أو الغرس؟ أم ماذا يفعل؟

---

(١) المرجع: انظر مجموع الفتاوىٰ (٣٠/٣٢٢ ـ ٣٢٤، ٣٧٨، ٣١٨).

في هذه الحالة لا يُمنع بأن يملك مالك الأرض هذا البناء، ولكن مقابل ماذا؟ قيل: يمكن أن يتعامل معه بما يختاره مالك الأرض إما بالإجارة؛ فيقيّمه بأجرة الأجير؛ فكأنه كلَّفه بأن يعمل في الأرض ويعطيه حقه فيتملك الغرس أو البناء، أو بنظام المشاركة؛ فإن كان بناءً فبالمضاربة وإن كان زرعاً فبالمزارعة وإن كان شجراً فبالغراس؛ فكأنه أعطى أرضه لعامل ليزرعها على نسبة بينهما في الخارج من الأرض؛ ذلك لعدم جواز الظلم. فلو أخذ الأرض وأخذ ما عليها من بناء أو غرس فيكون قد ظلم الغاصب والمتعدي، ولو هدم البناء أو قلع الغرس كان فيه نوع من الإفساد، فيُتوسط في مثل هذه الحالة كما ذكر سابقاً.

۞ الأدلة

❊ أولًا: مالك الأرض

١ ـ لما سبق من الأدلة في القاعدتين السابقتين.

٢ ـ ولأن المستأجر متعدٍ، فلا إذن له ولا خيار.

٣ ـ قاعدة «الضرر لا يزال بالضرر»[1].

❊ ثانيًا: أما المتعدي: فيعطى حق المضاربة أو العمل

١ ـ قصة أبناء عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأبي موسى الأشعري رضي الله عنه وأمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه. فعن زيد بن أسلم عن أبيه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري، وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت. ثم قال: بلى، هاهنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/١٨٩) (٣٠/٣٨٢) (٣/١٣٧).

إلىٰ أمير المؤمنين، فأسلفكماه فتبتاعان به متاعًا من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلىٰ أمير المؤمنين، ويكون الربح لكما. فقالا: وددنا ذلك. ففعل، وكتب إلىٰ عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال. فلما قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلىٰ عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا. فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه. فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله. فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين، هذا لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه؟ فقال عمر: أدياه. فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله. فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضًا. فقال عمر: قد جعلته قراضًا. فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال(١).

وقراضًا: مضاربة أي استثمار، فهنا جعله بمثابة الاستثمار، فأخذ نصف المال ورد نصف المال. وهذا من باب عدم الظلم، وإلا فالأصل أنه لا يجوز لأمير المؤمنين أن يفعل هذا لأبنائه ولخاصته، ولكن لما حصل هذا بنوع من التأويل من قِبَل أبي موسىٰ الأشعري رضي الله عنه لم يظلم عمر بن الخطاب أبناءه، فعندما نازعوه وطلبوا حقهم لم يظلمهم في هذا الأمر؛ لأنهم قد عملوا بهذا المال وربحوا.

ووجه الاستدلال: أن عمر رضي الله عنه رأىٰ أن ذلك محاباة لهما لا تجوز، فحكم أولًا بأن نماء هذا المال يرجع إلىٰ ماله وهو بيت المال، ثم لما روجع في ذلك رجع إلىٰ القول بأنه بينهما مضاربة. فكذلك من عمل بمال غيره فكسب به يكون الربح بينهما كالمضاربة(٢).

---

(٢) رواه مالك في الموطأ في كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، رقم (١)، وهو أثر صحيح.

(٣) انظر الفتاوىٰ (٣٠/٨٦، ٣٢٣).

٢ ـ قول الله تعالى: ﴿لَا تَظۡلِمُونَ وَلَا تُظۡلَمُونَ﴾[١]. وقال سبحانه: ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾[٢]. وجميع الآيات الواردة في عقوبة الظالم.

وفي الحديث القدسي قال الله ﷻ: «**إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرمًا فلا تظالموا**»[٣].

وقال النبي ﷺ: «**المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله**»[٤]. فمالك الأرض لو أخذ الربح أو الغرس أو البناء ولم يكن قد عمل شيئًا كان ظالمًا إذ عمل المتعدي في الأرض، ولذلك يؤخذ جزء منه ويعطى منه جزءاً.

٣ ـ العدل، قال الله تعالى: ﴿۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ﴾[٥]. فليس من العدل أن يأخذ مالك الأرض الربح كله ولم يعمل شيئًا.

٤ ـ الصلح. فالصلح له اعتبار في الشريعة إذ قال الله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾[٦]، وقال تعالى: ﴿فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَاۖ﴾[٧]، وقال تعالى: ﴿۞لَّا خَيۡرَ فِي كَثِيرٖ مِّن نَّجۡوَىٰهُمۡ إِلَّا مَنۡ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوۡ مَعۡرُوفٍ أَوۡ إِصۡلَٰحِۭ بَيۡنَ ٱلنَّاسِۚ﴾[٨].

فالصلح فيه تنازل عن بعض الحقوق يتجاوز به عن شيء من حقه؛ فيتنازل للغاصب بسبب أنه عمل فيه، فتجنب الظلم وأقام العدل وحصل صلح.

---

(٢) [البقرة: ٢٧٩].
(٣) [آل عمران: ٥٧، وغيرها].
(٤) رواه مسلم (٢٥٧٧).
(٥) رواه البخاري (٢٤٤٢)، ومسلم (٢٥٦٤).
(٦) [النحل: ٩٠].
(٧) [النساء: ١٢٨].
(٨) [الحجرات: ٩].
(٩) [النساء: ١١٤].

٥ ـ قاعدة «الضرر لا يزال بالضرر». فالغاصب أضر بالمالك، ولكن لا يزال هذا الضرر بضرر آخر[١].

٦ ـ الخيارات المتاحة:

الخيار الأول: أن يكون الملك كله لمالك الأرض مالك الأصل: وهذا ظلم.

الخيار الثاني: أن يكون للغاصب المتعدي: وهذا فيه ظلم وإعانة على العدوان.

الخيار الثالث: إهلاك الغرس أو البناء، وهذا فيه فساد.

الخيار الرابع: أن يكون بينهما، وهذا هو الأصوب.

٧ ـ العفو عن الجاني المتعمد بالدية أو الأرش له اعتبار في الشريعة بما فيه العضو الذي فسد أو يزيد عليه. فإذا قطع يد آخر عمداً جاز العفو عنه أو قبول الأرش أو الدية؛ فهذا له اعتبار في الشريعة. فكذلك في المسألة المذكورة؛ فالمتعدي المتعمد يجوز العفو عنه أو المصالحة إذ له اعتبار في الشريعة.

❊ ثالثًا: تعزير المتعدي

لولي الأمر أن يعزر الغاصب والمتعدي بأن يضم ربح المتعدي إلى بيت مال المسلمين.

۞ الأدلة

١ ـ قال النبي ﷺ: **«ليس لعرق ظالم حق»**[٢].

٢ ـ ولحديث أمر النبي ﷺ المرأة المتعدية أن تطعم الأسارى الشاة التي تعدت بها.

---

(٢) انظر مجموع الفتاوى (١٨٩/٢٩) (١٣٧/٣٠، ٣٨٢).

(١) رواه أبو داود (٣٠٧٣) وصححه الألباني في الإرواء (١٥٢٠).

٣ ـ سدًا لذريعة التعدي على أموال الناس.

٤ ـ كسائر العقوبات المالية.

٥ ـ هو ظالم في تعديه، ومال الربح ناتج عن ظلم.

٦ ـ هو خبيث في حق الغاصب والمتعدي.

٧ ـ قاعدة «المعصية لا تكون سببًا للنعمة». فالعين إذا كانت محرمة لم تعد محللة بالفعل المنهي عنه لأن المعصية لا تكون سبباً للنعمة والرحمة[١].

فالعاصي «لا يُنهىٰ عن شيء إذا فعله أُحِلتّ له ـ بسبب فعل المحرم ـ الطيباتُ فبرئت ذمته من الواجبات؛ فإن هذا من باب الإكرام والإحسان، والمحرمات لا تكون سببًا محضًا للإكرام والإحسان، بل هي سبب للعقوبات»[٢].

٨ ـ قال ﷺ: **«لي الواجد يحل ماله وعرضه»**[٣].

الحالة الرابعة

المستأجر متعد بغرسه أو بنائه، لا يريد مالك الأصل «مالك الأرض» تملكها، ولا يرغب في الصلح، وهو متضرر لو تملك الغرس أو البناء، والتبع «الغرس أو البناء» لا يزال إلا بإفساده.

قال أحمد: للمالك قلعه مجانًا[٤]. ويأخذ المظلوم مالك الأرض حقه كاملًا من

(٢) انظر مجموع الفتاوىٰ (٢١/٤٨١، ٤٨٦).

(٣) انظر مجموع الفتاوىٰ (٣٢/٨٨).

(٤) رواه أبو داود (٣٦٢٨) وصححه ابن حبان (١١/٥٠٨٩) والحاكم (٤/١٠٢) وعلقه البخاري بصيغة التمريض وحسنه ابن حجر (٥/٦٢).

(١) قواعد ابن رجب (٢/١١٢).

المتعدي ويضمن المتعدي الضرر الذي يلحق مالك الأصل.

الدليل

١ ـ حرق النبي ﷺ مسجد الضرار؛ فقد بُني لأجل الإفساد؛ قال الله ﷻ: ﴿وَٱلَّذِينَ ٱتَّخَذُواْ مَسْجِدًا ضِرَارًا وَكُفْرًا وَتَفْرِيقًۢا بَيْنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَإِرْصَادًا لِّمَنْ حَارَبَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ مِن قَبْلُ ۚ وَلَيَحْلِفُنَّ إِنْ أَرَدْنَآ إِلَّا ٱلْحُسْنَىٰ ۖ وَٱللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّهُمْ لَكَٰذِبُونَ ﴿١٠٧﴾ لَا تَقُمْ فِيهِ أَبَدًا ۚ لَّمَسْجِدٌ أُسِّسَ عَلَى ٱلتَّقْوَىٰ مِنْ أَوَّلِ يَوْمٍ أَحَقُّ أَن تَقُومَ فِيهِ ۚ فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَن يَتَطَهَّرُواْ ۚ وَٱللَّهُ يُحِبُّ ٱلْمُطَّهِّرِينَ ﴿١٠٨﴾ أَفَمَنْ أَسَّسَ بُنْيَٰنَهُۥ عَلَىٰ تَقْوَىٰ مِنَ ٱللَّهِ وَرِضْوَٰنٍ خَيْرٌ أَم مَّنْ أَسَّسَ بُنْيَٰنَهُۥ عَلَىٰ شَفَا جُرُفٍ هَارٍ فَٱنْهَارَ بِهِۦ فِى نَارِ جَهَنَّمَ ۗ وَٱللَّهُ لَا يَهْدِى ٱلْقَوْمَ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿١٠٩﴾ لَا يَزَالُ بُنْيَٰنُهُمُ ٱلَّذِى بَنَوْاْ رِيبَةً فِى قُلُوبِهِمْ إِلَّآ أَن تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ ۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾(١). عندما بنى المنافقون مسجد الضرار بنوه مضرة وكفرًا، فأتوا إلى النبي ﷺ ليصلي فيه حتى يصبح المسجد مباركاً لهم في اتخاذه إرصاداً ومعاداة لهذا الدين، لكن النبي ﷺ أجّلهم إلى أن يرجع من غزوة تبوك، وعند رجوعه ﷺ من غزوة تبوك نزل عليه جبريل ﷺ بالآيات(٢). قيل: فأُمِر به فأُحرق. قال جابر: رأيت الدخان من مسجد الضرار حين انهار(٣).

(٢) [التوبة: ١٠٧ ـ ١١٠].

(٣) رواه ابن جرير (١٢/١١ ـ ١٣) عن ابن عباس، وقوى السيوطي إسناده في لباب النقول عن جابر (١٣٤)، وصح من مرسل قتادة عند ابن جرير (١٣/١١) ومرسل الزهري عند عبد الرزاق في تفسيره (١١٢٣).

(١) رواه ابن جرير الطبري وابن أبي حاتم والحاكم (٥٩٦/٤) وصححه؛ وهو صحيح. انظر التفسير الصحيح د. حكمت بن بشير (٤٨٨/٢).

٢ ـ الخيارات المتاحة:

أ ـ إبقاء الغرس أو البناء: فيه ضرر على المالك المظلوم المتعدى على حقه، وإثابة ومنفعة للمتعدي.

ب ـ إزالة الغرس أو البناء: رفع الظلم عن المالك، وإفساد لمال المتعدي، وهو الصواب عقوبة للمتعدي، وسدًا لذريعة التعدي على أموال المسلمين.

٣ ـ سدًا لذريعة التعدي على أموال المسلمين.

٤ ـ عقوبة الظالم: كسائر العقوبات المالية في حق الظالم.

٥ ـ مال خبيث في حق الظالم؛ لأنه أصّل على ظلم.

٦ ـ المال غير محترم؛ لأنه مال ظلم وعدوان.

٧ ـ قياساً على قطع يد السارق، وإن كان فيه إفساد ليد السارق إلا أن فيه حفظاً لأموال الآخرين.

(وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل) كأن يكون نخلًا يسهل فصله، أو الأرض عليها بيوت متحركة يمكن نقلها.

(فالمشهور أنه ليس له تملكه قهرًا لزوال ضرره بالفصل) ليس لمالك الأصل «مالك الأرض» أن يتملك قهرًا الغرس أو البناء لاسيما إذا أمكن إزالة الغرس أو البناء، ولا يتضرر بإزالته.

الدليل على عدم جواز تملكه قهراً إذا أمكن فصله بلا ضرر

١ ـ لا يوجد دليل يدل على جواز تملكه قهرًا، أما ما سبق من الأدلة فإنها تدل

علىٰ ما إذا كان متضررًا بفصله ولم يمكنه فصله.

٢ ـ قال ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام**»[١].

٣ ـ جميع الأدلة التي تحرم الظلم.

(ويتخرَّج علىٰ هذه القاعدة صور؛ منها:

غراس المستأجر وبناؤه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك؛ فللمؤجر تملكه بالقيمة) استأجر أرضًا لمدة (٣٠) سنة فغرس فيها شجرًا، أو بنىٰ فيها عمارة يؤجرها. وبعد انقضاء المدة لم يقلع غرسه أو لم يهدم عمارته للحوق الضرر بقلعه؛ أو لرفضه قلعه فإن لمالك الأرض أن يتملكها بقيمتها علىٰ التفصيل المذكور.

(وغراس المستعير) استعار أرضًا ليغرس فيها شجرًا لمدة (٣٠) سنة، أو بنىٰ فيها بناء ينتفع بتأجيره ثم انقضت السنون، فحكمها كالحكم السابق.

(والمشتري في الأرض المشفوعة) غراس المشتري في الأرض المشفوعة، أو بناء المشتري في الأرض المشفوعة.

إذا باع أحد الشريكين حصته لطرف آخر، فغرس المشتري فيها غرسًا، ثم علم الشفيع أنها بيعت فاشتراها بالشفعة وعليها غرس المشتري؛ فحكمها كالحكم السابق.

(والمفلس) غراس المفلس أو بناؤه علىٰ الأرض. اشترىٰ المفلس قبل إفلاسه أرضًا من عمرو بالأجل، فغرس فيها غرسًا ثم أفلس، فطالب بائع الأرض بأرضه

---

(١) رواه البخاري (٦٧، ١٠٥).

للحديث بأنه أولىٰ بالعين بينما عليها غرس المفلس؟

البائع أحق بأرضه، ويشتري الغرس بالقيمة علىٰ التفصيل المذكور.

(والمشتري من الغاصب) غراس المشتري أرضًا من الغاصب وبناء المشتري أرضًا من الغاصب.

غصب أرضًا من زيد ثم باعها لعمرو، فغرس عمرو فيها غرساً أو بنىٰ فيها بناءً، ثم طالب زيد بأرضه؟ حكم البناء والغرس كالحكم السابق الذي تم تفصيله.

نوقش: لكن هذه الحالة لم يكن للغاصب حق في العقد مع المشتري، ولا يوجد إذن من مالك الأرض، فالأصح أنه تجري عليه القاعدة التاسعة والسبعين؛ القسم الرابع.

(وبناؤهم) سبق ذكره فيما سبق من الأمثلة.

۞ المُلَخَّص: من اتصل بملكه ملك غيره ولم يفصله مالكه ولم يمكن فصله منه إلا بضرر يلحق مالك الأصل وليس بينهما اتفاق مسبق أو عرف فلمالك الأصل الخيار بين تملكه بثمن المثل أو الإجارة أو المشاركة أو إزالته بلا عوض ويضمن المتعدي الضرر الذي يلحق الأصل. أما إذا أمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فإنه يفصل.

❑ ❑ ❑

القاعدة الثامنة والسبعون

من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه وتخليصه من ملك غيره

- من دخل النقص عليه لم يكن التفريط من جهته
  - الضمان على من أدخل النقص
  - مشتري دار فيها أثاث ثمين لا يخرج إلا بهدم الباب. فالضمان على مالك الأثاث إذا هدم الباب
- إذا كان التفريط ممن دخل عليه النقص
  - لا ضمان على من أدخل النقص
  - غصب مالاً وأخفاه في خزانة ولا يستخرج إلا بكسرها فكسرها صاحب المال
- أذن له في تفريغه
  - إذا علم المالك بدخول النقص عليه قبل التفريغ وليس بينهما اتفاق ولا عرف ← لا ضمان على الآخر
  - إذا غلب على ظنه دخول النقص عليه قبل التفريغ وليس بينهما اتفاق ولا عرف ← لا ضمان على الآخر
  - إذا كان متعارف عليه دخول النقص عليه قبل التفريغ ← لا ضمان
  - إن غلب على الظن عدم رضاه لو علم بذلك ← الضمان على من أدخل النقص
  - إن لم يغلب على الظن شيء ← الضمان على من أدخل النقص

۞ المَتْن

القاعدة الثامنة والسبعون

من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه وتخليصه من ملك غيره؛ فإن لم يكن ممن دخل النقص عليه تفريط بإشغال ملكه بملك غيره فالضمان على من أدخل النقص، وإن كان منه تفريط فلا ضمان على من أدخل النقص. وكذا إن وجد ممن دخل النقص عليه إذن في تفريغ ملكه من ملك غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريغ. وإن وجد منه إذن في إشغال ملكه بمال غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريغ؛ فوجهان.

ويتفرَّع على ذلك مسائل كثيرة:

منها: لو باع دارًا فيها ناقة لم تخرج من الباب إلا بهدمه فإنه يهدم، ويضمن للمشتري النقص.

۞ الشَّرْح

(من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه وتخليصه من ملك غيره)

باع دارًا له وفيها ناقته، ولم تخرج الناقة من الباب إلا بهدمه فهدمه، فقد أدخل النقص على مُلك غيره ليخلص ملكه.

وقع دينار في محبرة غيره فكسر المحبرة لتخليص ديناره.

دخل طفل صغير حمام الجار وأغلقه من الداخل ولم يستطع والده أن يخرجه منه إلا بكسر باب الحمام.

وضع خزينته في مكان وبنى على هذه الخزينة حتى لا تسرق فباع الدار، ثم أراد

أن يستخلص خزينته ولم يستطع إلا بهدم أجزاء من البناء ففعل ؛ فأدخل النقص علىٰ مُلك غيره لاستخلاص ملكه من ملك غيره.

هذه لها أحوال:

الحالة الأولىٰ

(فإن لم يكن ممن دخل النقص عليه تفريط بإشغال ملكه بملك غيره فالضمان علىٰ من أدخل النقص) إن لم يكن لصاحب الملك المنقوص يد في حبس مال غيره فالضمان علىٰ من أدخل النقص.

مشتري الدار إن لم يكن له يد في حبس ناقة البائع ؛ فالضمان علىٰ من هدم الباب لإخراج الناقة.

إذا صاحب المحبرة ليس له يد في وقوع الدينار فيها ؛ فالضمان علىٰ من كسر المحبرة لتخليص الدينار.

إذا الجار ليس له يد في حبس الطفل في الحمام ؛ فالضمان علىٰ والد الطفل الذي كسر باب حمام الجار.

❁ الأدلة

أ ـ أما صاحب المال المنقوص الذي كُسر بابه إذا لم يتعد ولم يفرط في إشغال ملكه بملك غيره فلا ضمان عليه.

ب ـ أما الذي أدخل النقص علىٰ غيره فعليه الضمان لما يلي:

١ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَعۡتَدُوٓاْۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلۡمُعۡتَدِينَ﴾[1]، فهذا تعدٍّ علىٰ

(١) [البقرة: ١٩٠، وغيرها].

ملك الآخرين.

٢ ـ قال النبي ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا**»(١)، فقد أتلف مال غيره دون تفريط من الآخر أو تعدٍّ، فعليه أن يكفر عن إتلافه.

٣ ـ قال النبي ﷺ: «**أتدرون ما المفلس؟**» قالوا: المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع، فقال: «**إن المفلس من أمتي يأتي يوم القيامة بصلاة وصيام وزكاة، ويأتي قد شتم هذا، وقذف هذا، وأكل مال هذا، وسفك دم هذا، وضرب هذا. فيعطى هذا من حسناته وهذا من حسناته، فإن فنيت حسناته قبل أن يقضى ما عليه أخذ من خطاياهم فطرحت عليه ثم طرح في النار**»(٢).

وجه الاستدلال: أنه أدخل النقص في ملك غيره فهو مؤاخذ به.

٤ ـ أحاديث التحلل من المظالم قبل الموت.

الحالة الثانية:

(وإن كان منه تفريط) الذي دخل عليه النقص حصل ذلك بسبب تفريطه أو تعديه.

غصب مالًا وأخفاه في خزانته، ولم يمكن لصاحب المال استخراجه إلا بكسرها.

أو غصب أرضًا وبنى عليها، فهدم مالك الأرض البناء ليخلصها من الغاصب.

أو غصب غراسًا فغرسه في أرضه، فقلع مالك الغراس غراسه، وبقيت الحفر في أرض الغاصب.

أو ترك بهيمته ولم يحبسها أو يعقلها فصالت على إنسان فقتلها.

(٢) رواه البخاري (٥٥٥٠)، ومسلم (١٦٧٩).

(١) رواه مسلم (٢٥٨١).

(فلا ضمان على من أدخل النقص) فالمُخلِّص لملكه من ملك غيره لا يضمن النقص المذكور الذي نتج بسبب تخليص ماله.

۞ الأدلة

١ ـ قال الله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾(١)، فالمستخلص حقه من الغاصب ومن المعتدي والمفرط محسن في ذلك، فلا سبيل عليه في غرم(٢).

٢ ـ قال تعالى: ﴿وَلَمَنِ ٱنتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِۦ فَأُوْلَٰٓئِكَ مَا عَلَيْهِم مِّن سَبِيلٍ﴾(٣)، فالظلم وضع الشيء في غير موضعه، والشخص الممنوع من تحصيل حقه مظلوم، فإذا انتصر لتخليص حقه فما عليه من سبيل.

٣ ـ حد السرقة. إذ قال الله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ﴾ المائدة (٣٨)، فأهدر الشارع يد السارق لتعديه على مال غيره.

وكذا سائر الحدود: تقام على المعتدي لتعديه، فلا ضمان على الحاكم.

٤ ـ من قتل دون حقه فهو شهيد؛ إذ قال ﷺ: «**من قتل دون ماله فهو شهيد**»(٤)، وقال النبي ﷺ: «**من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد**»(٥).

---

(٢) [التوبة: ٩١].

(٣) القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي؛ د. حمد الهاجري (٢/٥٧٧)، [والإشراف للقاضي عبد الوهاب (٢/٨٣٧)، وكتاب الحدود من الحاوي (٢/١١٠٧)، والمحلى (٦/٤٤٤)، زاد المعاد (٤/١٤١)].

(٤) [الشورى: ٤١].

(٥) رواه البخاري (٢٤٨٠)، ومسلم (١٤١).

(١) رواه أحمد (١/١٩٠) وصححه الألباني في الإرواء (٧٠٨).

دل الحديثان على جواز القتال لتحصيل حقه الذي وقع التعدي عليه حتى لو قتل الطرف الآخر.

٥ ـ المعتدي لا يُضمن له. فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله! أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: «**فلا تعطه مالك**». قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: «**قاتله**». قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: «**فأنت شهيد**». قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: «**هو في النار**»[1].

دل الحديث أن النقص الذي يدخل على الغاصب والمتعدي لا يضمن؛ إذ قال في قتله: «**هو في النار**»، وأذن له النبي ﷺ بمقاتلته وقتله.

٦ ـ عن يعلى بن أمية رضي الله عنه أن رجلًا قاتل آخر فعض أحدهما إصبع صاحبه فانتزع إصبعه فأندر ثنيته فسقطت، فانطلق [العاض] إلى النبي ﷺ، فأهدر النبي ﷺ ثنيته وقال: «**أفيدع إصبعه في فيك تقضمها كما يقضم الفحل؟**»[2]، فأهدر النبي ﷺ ضمان النقص الذي لحق المعتدي.

٧ ـ قال النبي ﷺ: «**لو أن امرءًا اطلع عليك بغير إذن فخذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح**»[3]، فأهدر النبي ﷺ عين المعتدي ولم يضمنها لتعديه.

٨ ـ قال ﷺ: «**ليُّ الواجد ظلم، يحل عرضه وعقوبته**»[4].

٩ ـ قتل الصائل. لو أن بهيمة صالت على شخص فقتلها فإنها لا تضمن.

---

(٢) رواه مسلم (١٤٠).

(٣) رواه البخاري (١٢٦٥)، ومسلم (١٦٧٣).

(٤) رواه البخاري (٦٩٠٢)، ومسلم (٢١٥٨).

(٥) رواه أبو داود (٣٦٢٨) وصححه ابن حبان (٥٠٨٩) والحاكم (١٠٢/٤) وعبد الحق في الوسطى وحسنه الألباني في الإرواء (١٤٣٤).

١٠ ـ القاعدة الفقهية: «المتولد من التعدي في حكم التعدي»[١]. فالمفرط المتعدي هو السبب في إدخال غيره النقص عليه؛ فأمسىٰ هو المتعدي.

١١ ـ القاعدة الفقهية «المفرط ضامن»[٢]. فالضمان علىٰ المفرط، والغاصب أشد من المفرط إن لم يكن في حكمه؛ فالضمان عليه. وليس الضمان على من أدخل النقص علىٰ المفرط لاستيفاء حقه بسبب تفريط المفرط؛ فليس عليه ضمان.

١٢ ـ التبع له حكم الأصل. فالأصل هو التعدي، والنقص الذي لحقه تبع للتعدي والتفريط؛ فله حكمه.

الحالة الثالثة

(وكذا إن وجد ممن دخل النقص عليه إذن في تفريغ ملكه من ملك غيره حيث لا يجبر الآخر علىٰ التفريغ) إذا كان الأول قد أذن للآخر بأن يفرغ ملكه من غير إجبار المأذون له علىٰ التفريغ فدخل النقص علىٰ الأول؛ فلا ضمان علىٰ من أدخل النقص إذا علم بأنه سيدخل عليه النقص أو غلب علىٰ ظنه أو كان متعارفاً عليه. أما إذا لم يكن كذلك: فإن غلب علىٰ الظن عدم رضاه لو علم بذلك قبل وقوعه فإنه يضمنه، فإن لم يغلب علىٰ الظن شيء ضمنه إن لم يُعْلمه بذلك؛ لأنه أذن له بتفريغه ولم يأذن له بالإضرار به.

مثال: أذنت لك بأن تخرج مالك من ملكي، فلما أخرجته حصل نقص في مُلكي بلا تفريط منك ولا تعدٍّ.

ففي الشفعة: إذا غرس المشتري في الأرض التي اشتراها ثم انتزعها الشفيع،

---

(٢) المنثور (٢/٣٢٧).

(١) قواعد الفقه الإسلامي لمحمد الروكي (٢٢٩).

فأذن له الشفيع قلع غرسه ولم يُلْزمه، فقلع المشتري غرسه؛ فقد فرغ الأرض من غرسه بإذن الشفيع.

زيد عنده أرض وعمرو عنده أرض بجوارها، فباع عمرو أرضه ولم يعرضها على زيد فاشتراها أسامة وغرس فيها أشجارًا، فطالب زيد بحق الشفعة، فاستأذنه أسامة بإزالة غرسه فأذن له فأزاله وبقيت في الأرض حفر، فدخل النقص على أرض زيد إذ تحتاج إلى ردم؛ فلا ضمان على أسامة.

الحالة الرابعة

(وإن وجد منه إذن في إشغال ملكه بمال غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريغ؛ فوجهان)

مثال: أعار عمرو زيدًا أرضًا للغرس، ثم قلع المستعير غرسه منها.

١ ـ فإن كان قد شرط المعير عليه القلع؛ فلا يلزمه ضمان النقص بذلك ولا تسوية الحفر؛ لأن المالك رضي بذلك باشتراطه له، وأجبره عليه.

٢ ـ إذا لم يشترط عليه القلع، ولم يكن المستعير مجبرًا على قلعه وعلى تفريغ الأرض منه؛ فهل يضمن النقص وتسوية الحفر؟ فيه وجهان:

الوجه الأول: لا يلزمه.

الوجه الثاني: يلزمه.

مثال آخر: إذا أجره أرضًا للغراس فقد أذن له في إشغال الأرض بالغرس ثم انقضت المدة.

١ ـ إن كان القلع مشروطًا عند انقضائها؛ فقد أجبره فلا ضمان.

٢ ـ وإن لم يشترط عليه القلع عند انقضائها؛ فقد سكت عن ذلك فلم يمنعه من القلع ولم يجبره على القلع وعلى التفريغ.

فيه وجهان:

الوجه الأول: لا يلزمه ضمان النقص وتسوية الحفر.

الوجه الثاني: يلزمه.

استدلوا بما يلي:

١ ـ قال الله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾[1]، فمن تصرف في مال بإذن مالكه فترتب عليه تلف المال؛ فلا ضمان على المتصرف لأنه محسن في ذلك.

نوقش

لو أعاره أرضًا للغرس فاستعملها فأتلفها وحفرها وسلمها للمالك محفورة؛ أي إحسان في ذلك؟! ولو أجره كذلك فسلمها له محفورة؛ أي إحسان في ذلك؟! بل قابل الإحسان بالإساءة في الحالتين، وهذا يخالف القواعد الشرعية في الإحسان للمحسن.

٢ ـ الاتفاق. نقل الكاساني الاتفاق بقوله: «كذلك الفصاد والبزاغ والحجام إذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليه بالإجماع؛ لأن الموت حصل بفعل مأذون فيه وهو القطع فلا يكون مضمونًا[2].

---

(٢) [التوبة: ٩١].

(١) البدائع (٧/٣٠٥).

وكذا ابن القيم بقوله: » طبيب حاذق أعطىٰ الصنعة حقها ولم تجن يده، فتولد من فعله المأذون فيه من جهة الشارع ومن جهة من يطبه تلفُ العضو أو النفس أو ذهاب صفة؛ فهذا لا ضمان عليه اتفاقًا، فإنها سراية مأذون فيه[1].

نوقش

بأن الطبيب والفصاد والحجام وكيل، والوكيل له أحكام الموكّل ما لم يفرط، وفي نهاية جراحته يسعىٰ قدر الإمكان إعادة الوضع كما كان، لا أن يترك الجراحات موغرة كما ترك ذاك المستعير الأرض محفورة تالفة.

٣ ـ القاعدتان الفقهيتان: «الرضا بالشيء رضىٰ بما يتولد منه» و«المتولد من المأذون فيه لا أثر له».

نوقش

هذه القواعد مقيدة بما لا يتعارض مع قاعدة الإحسان، ومقيدة بما لم يكن للمأذون له يد في النتيجة، إذ يغلب علىٰ الظن عدم حدوثها لكنها وقعت قدراً. لذا ذكروا من أمثلتها ما لو قطع قصاصاً أو حدًّا فسرىٰ، ولو سبق ماء المضمضة إلىٰ جوف الصائم.

الراجح في ذلك والله أعلم علىٰ التفصيل:

القسم الأول: إذا كان المالك محسنًا متفضلًا علىٰ الآخر، كالمعير:

❊ **أولًا**: فإنه يلزم الطرف الآخر «المستعير» ضمان النقص[2].

(٢) زاد المعاد (٤/١٢٨).

(٣) قول ابن قدامة في الكافي إن لم يشترط قلعه. انظر القواعد (٢/١٢٠).

۞ الأدلة

١ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿هَلْ جَزَآءُ ٱلْإِحْسَٰنِ إِلَّا ٱلْإِحْسَٰنُ﴾(١)، رجل يحسن إليك ويعيرك شيئًا ثم ترده إليه منقوصاً ؟! يعيرك أرضًا ثم تردها إليه محفورة؟ إذ يحتاج إلىٰ مال لدفن الحفر. بل يجب عليك أن تحسن كما أحسن إليك. وإن كان هذا لا يسمىٰ إحساناً منك إليه لأنك أرجعتها إليه بلا زيادة.

٢ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَٰنِ﴾(٢). فعليه أن يحسن إلىٰ من أحسن إليه، لا أن يسيء إليه. وأي لؤم أعظم من الإساءة إلىٰ من أحسن إليه وإتلاف ماله الذي أعاره إياه ؟!

٣ ـ جميع النصوص التي تستقبح رد الإحسان بالإساءة، كعقوق الوالدين وغيرهما.

٤ ـ قال ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»(٣)، فأنت ألحقت الضرر به، والنبي ﷺ نهىٰ عن الضرر، فلا يجوز إلحاق الضرر بالآخر لا سيما وقد أحسن إليك.

٥ ـ قاعدة «الضرر لا يزال بالضرر» وقاعدة «الضرر يزال»، فإذا لم يجز إزالة الضرر بالضرر، فكيف يلحق الضرر بالمحسن ؟!

٦ ـ الأصل بقاء ما كان علىٰ ما كان. لما أقبضه إياها سليمة عليه أن يردها سليمة كما أخذها.

٧ ـ الأصل في العقود أنها قائمة علىٰ العدل(٤)، فهل من العدل أن يحسن إليك

---

(٢) [الرحمن: ٦٠].

(٣) [النحل: ٩٠].

(٤) رواه أحمد (٥/٣٢٦ ـ ٣٢٧) وحسنه النووي والعلائي والألباني (٨٩٦).

(١) القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية لابن تيمية (٢/١٨٠).

ثم ترده إليه ناقصًا؟

٨ ـ الأصل رد الحقوق بلا إتلاف.

٩ ـ أدخل النقص على غيره لاستصلاح ملكه، فمن أراد الحفاظ على ملكه بإدخال النقص على غيره فالضمان على الذي حرص على استصلاح ملكه.

١٠ ـ قال النبي ﷺ: «**نضر الله امرءًا سمع منا حديثاً فحفظه حتى يبلغه**»[١]، فعليه أن يؤدي كما أخذ.

١١ ـ قاعدة «لا ملازمة بين التصرف والضمان»[٢]، فربما يأذن له في التصرف في ملكه ولا يقتضي أن لا ضمان عليه إذا أدخل عليه نقصاً.

١٢ ـ سدًا للذريعة. سدًا لذريعة إعراض المعيرين عن الإعارة، حيث يجدون مقابلة الإحسان بالإساءة، لا سيما إذا كان لها مسوغٌ شرعيٌ.

١٣ ـ العرف. فمن القبح عرفًا أن يرد الإحسان بالإساءة.

١٤ ـ جميع الأدلة التي يستدل بها لتضمين المستعير.

١٥ ـ الجواز معلق بحفظ حقوق الغير[٣]، ومقيد بالإحسان إلى من أحسن إليك.

❊ **ثانيًا**: ما لم يأذن له بالنقص عرفًا أو لفظًا.

أعاره شجرة يأكل من ثمرها، أو أعاره ثيابًا يلبسها؛ فاقتضى نقص قيمتها لاستعمالها. أو كانت ثيابًا بالية ومن المتوقع تمزقها بالاستعمال، أو أعاره سيارة

(٢) رواه أبو داود (٣٦٦٠) وصححه ابن حبان (٦٧) والألباني.

(٣) انظر مجموع الفتاوى لابن تيمية (٣٩٨/٢٩).

(١) انظر قواعد الضمان للهاجري (٥٧٩/٢).

يقودها فاقتضى تغير حال إطاراتها **وسفايفها**، أو صرح له بالتسامح في تلفها لو تلف شيء من المعار.

فيتبين مما سبق أنه لو استعار أرضًا للغرس فعليه أن يردم الحفر بعد استعمالها، ويضمن النقص الناتج عن استعمالها ما لم يأذن له بالنقص عرفًا أو لفظًا.

هذا لا يتعارض مع القاعدة الفقهية «الرضا بالشيء رضى بما يتولد منه»، أو القاعدة «المتولد من مأذون فيه لا أثر له»[1]، فهي مقيدة بما لا يتعارض مع قاعدة الإحسان، ومقيدة بما لم يكن للمأذون له يد في النتيجة، إذ يغلب على الظن عدم حدوثها لكنها وقعت قدراً لذا ذكروا من أمثلتها ما لو قطع قصاصاً أو حداً فسرى، ولو سبق ماء المضمضة إلى جوف الصائم.

ومن صورها:

١ ـ إذا كان النقص مأذونًا فيه عرفًا: كإعارة شجرة، أو إعارة سيارة فاقتضى تغير حال إطاراتها بالاستعمال العادي.

٢ ـ أو كان الاستعمال معروفًا كالغرس فبذل جهده في إعادتها كما سبق، ويتعذر عرفًا عودتها كالسابق.

٣ ـ وما كان خارجًا عن القدرة فيما يتعلق بحقوق الله تعالى، كما لو استنشق وتمضمض وهو صائم فسبق الماء إلى جوفه.

فيعمل بالقاعدة بالتوافق مع قاعدة «المعجوز عنه ساقط الوجوب»، مما يغلب على ظنه وقوعه أو مشكوك في وقوعه بتساوي الطرفين من حيث الوقوع، كما لو قطع

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٦٤ ـ ٢٦٥).

يده قصاصًا فسرىٰ، أو عرق محل الاستجمار فتلوث منه، أو سبق ماء المضمضة أو الاستنشاق إلىٰ جوف الصائم، أو تطيب قبل الإحرام وملأ رأسه بالطيب ثم أحرم؛ ومن شدة الحر سال الطيب إلىٰ أن ملأ جسده وأثر علىٰ ثوبه فلا يضره؛ «فالرضا بالشيء رضا بما يتولد منه» مع قاعدة «المعجوز عنه ساقط الوجوب».

القسم الثاني: إذا كان المالك متساوياً مع الآخر فليس لأحدهما فضل علىٰ الآخر. كالإجارة؛ حيث استأجر أرضًا أو سيارة.

١ ـ فالأصل فيه أنه يضمن، إلا إذا ثبت عدم تعديه أو تفريطه.

٢ ـ إلا إذا كان التلف بسبب الاستعمال متعارفًا عليه من حيث الضمان؛ فينظر إلىٰ العرف والعادة إذ العادة محكمة. فإن كان العرف يقضي بضمان تلف الاستعمال وأنه علىٰ المستأجر؛ فعليه ذلك، وإن كان يقضي بعدم ضمانه؛ فلا ضمان عليه.

٣ ـ إن لم يكن في الضمان فيه عادة وعرف، ينظر إلىٰ الاتفاق بينهما في الضمان فيعمل به.

٤ ـ إن لم يكن بينهما اتفاق. فعليه الرد كما أخذه للأدلة المذكورة في الإعارة.

القسم الثالث: إن كان بإذن من يظن أن له ولاية.

منها غرس المشتري في أرض الشفيع، لكن يرجع المشتري بما ضمنه أو النقص الذي لحقه علىٰ البائع. فالمشتري يرجع بالغرم علىٰ البائع، فيضمن المشتري للشفيع، ويضمن البائع للمشتري؛ وتفصيله في القاعدة التاسعة والسبعين بإذن الله تعالىٰ.

۞ **المُلَخَّص**: من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه أو تخليصه من ملك غيره ولم يكن التفريط من غيره فالضمان على من أدخل النقص إلا إذا أذن له وعلم المالك أو غلب على ظنه أو متعارف عليه قبل التفريغ بدخول النقص عليه فلا ضمان عليه.

❑ ❑ ❑

القاعدة التاسعة والسبعون

الزرع النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح

- (١) أن يزرع عدواناً محضاً — كالغاصب
  - إذا أدركه المالك نابتاً لم يحصد
    - له تملكه بنفقته
    - أو تملكه بقيمته
    - أو بالمشاركة
    - أو بأجرة العامل
  - إذا أدركه قد حصد — كسابقه
- (٢) أن يؤذن له في زرع فيتعدى
  - أجَّره الأرض لزراعة نوع ما فزرع ما ضرره أعظم
  - كسابقه
- (٣) أن يزرع بعقد فاسد ممن له ولاية العقد — كالمضاربة دون تحديد نسبة لكل منهما
  - إذا كان المتعاقدان يعلمان بفساده قبل التعاقد
    - العقد باطل
    - كزرع الغاصب
  - إذا كانا لا يعلمان بفساده
    - ما وجد منه يترتب عليه مقتضى العقد؛ فلكل منهما ما اتفقا عليه
    - ويفسخ فيما لم يوجد منه
- (٤) أن يزرع في أرض غيره بعقد ممن يظن أن له ولاية العقد ثم تبين خلافه
  - تعاقد مع غاصب للأرض دون علمه بالغصب
  - إذا كان العاقد غاصباً — له حكم الغاصب، فلمالك الأرض الخيارات المذكورة في الغاصب
  - إذا كان فضولياً — له حكم الغاصب، لمالك الأرض الخيارات المذكورة
  - دون إذن الشفيع — ما وجد منه يترتب عليه مقتضى العقد
- (٥) أن يزرع في أرض بملكه لها أو بإذن مالكها ثم ينتقل ملكها إلى غيره
  - ينتقل ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزرع في بقية مدته
    - فإن الزرع لمن زرعه
    - كمن أصدق امرأته أرضاً فزرعتها ثم طلقها قبل الدخول فأرجعت نصف الأرض لمطلقها وعليها الزرع
  - تنتقل الأرض بجميع منافعها إلى غيره — مات مؤجراً الأرض لغيره
    - لمالك الزرع قطعه، فالزرع ملك لمن زرعه قبل انتقال الأرض إلى المالك الجديد
    - إن لم يقطعه فللمالك الجديد الخيار
      - قطعه لصالح القديم
      - إبقاء العقد السابق
      - تملكه بقيمته
      - تملكه بالمشاركة
- (٦) احتمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره فنبت فيها — له حكم الغاصب من حيث الخيارات لمالك الأرض
- (٧) من زرع في أرض غيره بإذن غير لازم ثم رجع المالك
  - كالعارية
  - الزرع مبقى لمن زرعه إلى أوان حصاده
- (٨) من زرع في ملكه الذي منع التصرف فيه لحق غيره — كالراهن يزرع في الرهن
  - إذا كان يلحق الضرر في حق غيره
    - له حكم الغاصب
    - أو إزالته

❁ المَتْن

القاعدة التاسعة والسبعون

الزرع النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام:

القسم الأول: أن يزرع عدوانًا محضًا غير مستند إلىٰ إذن بالكليَّة وهو زرع الغاصب.

فالمذهب: أن المالك إن أدركه نابتًا في الأرض فله تملكه بنفقته أو بقيمته علىٰ اختلاف الروايتين، وإن أدركه قد حصد فلا حق له فيه.

القسم الثاني: أن يؤذن له في زرع شيء فيزرع ما ضرره أعظم منه، كمن استأجر لزرع شعير فيزرع ذرة أو دخنًا؛ وحكمه حكم الغاصب عند الأصحاب.

القسم الثالث: أن يزرع بعقد فاسد ممن له ولاية العقد كالمالك والوصي والوكيل والناظر إما بمزارعة فاسدة أو بإجارة فاسدة. فقال الأصحاب: الزرع لمن زرعه، وعليه لرب الأرض أجرة مثله.

القسم الرابع: أن يزرع في أرض غيره بعقد ممن يظن أن له ولاية العقد ثم يتبيَّن بخلافه؛ مثل أن تتبين الأرض مستحقة للغير. فالمنصوص أن لمالك الأرض تملكه بنفقته أيضًا.

القسم الخامس: أن يزرع في أرض بملكه لها أو بإذن مالكها ثم ينتقل ملكها إلىٰ غيره والزرع قائم فيها، وهو نوعان:

أحدهما: أن ينتقل ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزرع في بقية مدته؛ فإن الزرع لمالكه ولا أجرة عليه بسبب تجدد الملك بغير إشكال.

ويدخل تحت هذا من استأجر أرضًا من مالكها وزرعها ثم مات المؤجر وانتقلت إلىٰ ورثته.

ومن اشترىٰ أرضًا فزرعها ثم أفلس؛ فإن للبائع الرجوع في الأرض والزرع للمفلس.

ومن أصدق امرأته أرضًا فزرعتها ثم طلَّقها قبل الدخول والزرع قائم وقلنا: له الرجوع؛ فإن الزرع مبقىٰ بغير أجرة.

وكذلك حكم من زرع في أرض يملكها ثم انتقلت إلىٰ غيره ببيع أو غيره يكون الزرع مبقىٰ فيها بلا أجرة.

والنوع الثاني: أن تنتقل الأرض بجميع منافعها عن ملك الأول إلىٰ غيره. ومن أمثلة ذلك الوقف: إذا زرع فيه أهل البطن الأول أو من آجروه ثم انتقل إلىٰ البطن الثاني والزرع قائم.

فإن قيل: إن الإجارة لا تنفسخ وللبطن الثاني حصتهم من الأجرة؛ فالزرع مبقىٰ لمالكه بالأجرة السابقة. وإن قيل: بالانفساخ ـ وهو المذهب الصحيح ـ فهو كزرع المستأجر بعد انقضاء المدة إذا كان بقاؤه بغير تفريط من المستأجر فيبقىٰ بالأجرة إلىٰ أوان أخذه.

القسم السادس: احتمل السيل بذر إنسان إلىٰ أرض غيره فنبت فيها؛ فهل يلحق بزرع الغاصب لانتفاء الإذن من المالك فيتملكه بالقيمة؟ أو زرع المستعير؟ أو المستأجر بعد انقضاء المدة لانتفاء العدوان من صاحب البذر؟ علىٰ وجهين: أشهرهما أنه كزرع المستعير.

القسم السابع: من زرع في أرض غيره بإذن غير لازم كالإعارة ثم رجع المالك؛

فالزرع مبقىٰ لمن زرعه إلىٰ أوان حصده بغير خلاف.

القسم الثامن: من زرع في ملكه الذي منع التصرف فيه لحق غيره كالراهن والمؤجر وكان ذلك يضر بالمستأجر والمرتهن لتنقيصه قيمة الأرض عند حلول الدين؛ فهو كزرع الغاصب، وكذا غراسه وبناؤه. فيقلع الجميع.

۞ الشَّرْح

(**الزرع النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام**) زرع قمحًا أو شعيرًا وغير ذلك من الزروع وهي الحبوب وليس الغرس الذي يخرج ثمراً؛ وهذا الزرع نبت بغير إذن، أو بإذن ولكن الإذن غير صحيح؛ وهو ثمانية أقسام.

(**القسم الأول: أن يزرع عدوانًا محضًا غير مستند إلىٰ إذن بالكليَّة وهو زرع الغاصب**)

غصبه أرضه فزرعها.

أو دخل أرضاً دون إذن مالكها وزرع في جزء منها دون علمه.

فهل الزرع لصاحب الأرض؟ أم للغاصب صاحب البذر؟

(**فالمذهب: أن المالك إن أدركه نابتًا في الأرض**) إذا تمكن المالك من الزرع سواءً باسترجاع الأرض من الغاصب أو بغيره وقدر علىٰ التصرف في الزرع فله حالتان:

الأولىٰ: إما أن يدركه نابتًا في الأرض ولم يحصد.

الثانية: أو يدركه وقد حصد.

التفصيل

الحالة الأولىٰ: إن أدركه نابتًا في الأرض لم يحصد

(فله تملكه بنفقته) مالك الأرض يتملك الزرع، ويعطي صاحب البذر قيمة البذر ونفقة عمله[١]، وقد سبق بيانه في القاعدة السابعة والسبعين «فلمالك الأصل أن يتملكه بالقيمة من مالكه ويجبر المالك علىٰ القبول». إذ لو قلعه لأتلفه، وإتلافه فساد. وللحاكم تعزير الغاصب بأن يأخذ النفقة ويضمها إلىٰ بيت المال كسائر العقوبات المالية في حق الظالم ولقول النبي ﷺ: «**ليس لعرق ظالم حق**»[٢]، وهو خبيث في حق الظالم، ولأمر النبي ﷺ المرأة المتعدية في ذبح الشاة أن تطعمها الأسارىٰ[٣].

(أو بقيمته) أو يقيم الزرع ويعطي المعتدي قيمة ما زرعه ويتملكه مالك الأرض. ولا خيار للغاصب لأنه معتد، فلا إذن له، وإنما الخيار لصاحب الأرض؛ وهذا علىٰ قول البعض بقيمته. لكن الراجح أنه لا بد من توضيح بعض الأمور:

❊ **أولًا**: لمالك الأرض حق في الزرع النابت.

۞ الأدلة

١ ـ القياس. المتولد من أبوين مملوكين من الآدميين يكون مُلكًا لمالك الأم دون مالك الأب بالاتفاق. فالمتولد من أب حر وأم مملوكة لآخر يكون ملكًا لمالك الأم دون مالك الأب. فالأم حرث، وماء الرجل بذر، والمتولد هو الزرع؛ قال

---

(٢) المغني (٣٩٢/٥). وانظر مجموع الفتاوىٰ (٤٨١/٢١، ٤٨٦)، والاختيارات (٤٠/٨).

(٣) رواه أبو داود (٣٠٧٣) وصححه الألباني في الإرواء (١٥٢٠).

(٤) رواه أبو داود (٣٣٣٢)، والبيهقي (٣١٠/٦).

الله تعالىٰ: ﴿نِسَآؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ﴾[١]، وقال النبي ﷺ: «**لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره**»[٢]، فهو يغتذي من دمها، فأكثر أجزائه مخلوقة منها. كذا الزرع يغتذي من الأرض، فأكثر أجزائه منها، فأصل الزرع لمالك الأرض؛ وهو قول القاضي أبي يعلي وابن عقيل وابن تيمية[٣].

٢ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾[٤]، فالأكل من متولد أرض المالك أكل بالباطل.

٣ ـ وقال النبي ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا**»[٥]، فالزرع متولد من مالك الأرض؛ فهو حرام علىٰ المعتدي.

٤ ـ قصة أبناء عمر بن الخطاب رضي الله عنه مع أبي موسىٰ الأشعري، وأمير المؤمنين عمر رضي الله عنه حيث جعل عمر رضي الله عنه لبيت المال نصيبًا من الربح وبيت المال هو صاحب المال الذي تمت المضاربة به.

فعن أسلم مولىٰ عمر رضي الله عنه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلىٰ العراق فلما قفلا مرا علىٰ أبي موسىٰ الأشعري، وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهل، ثم قال: لو أقدر لكما علىٰ أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلىٰ هاهنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلىٰ أمير المؤمنين، فأسلفكماه

(٢) [البقرة: ٢٢٣].

(٣) رواه أحمد (٤/١٠٨) وصححه ابن حبان (٤٨٥٠) والألباني في الإرواء (٢١٣٧).

(٤) قواعد ابن رجب (٢/١٣٠ ـ ١٣١).

(٥) [النساء: ٢٩].

(١) رواه مسلم (١٢١٨).

فتبتاعان به متاعًا من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلىٰ أمير المؤمنين، ويكون الربح لكما. فقالا: وددنا ذلك. ففعل، وكتب إلىٰ عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال. فلما قدما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلىٰ عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا. فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه. فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين، هذا لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه؟ فقال عمر: أدياه. فسكت عبد الله. وراجعه عبيد الله. فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضًا؟ فقال عمر: قد جعلته قراضًا. فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال[١].

وجه الاستدلال: أن لمالك الأصل حق في النماء.

٥ ـ حديث ابن اللتبية[٢]. إذ قام بجمع الزكاة فأعطوه عطايا فضمها النبي ﷺ إلىٰ بيت المال تبعًا للزكاة، فجعل حكمها حكم الزكاة، فجعل لبيت المال نصيبًا من المال الممنوح لابن اللتبية؛ لأنه أصل المنحة. فالأرض أولىٰ بأن تكون أصلًا للغرس الذي غرس فيها والزرع الذي زرع فيها.

٦ ـ التبع له حكم الأصل، كل ما تولد من مال المرء تبع له[٣].

❊ **ثانيًا:** ليس لمالك الأرض كل النماء الذي نما في أرضه من عمل غيره بينما هو لم يقم بعمل ما.

---

(٢) رواه مالك في الموطأ في كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، رقم (١).

(٣) رواه البخاري (٧١٧٤).

(٤) المحلىٰ لابن حزم (١٤٤/٨).

۞ الأدلة

١ ـ قال تعالى: ﴿لَا تَظۡلِمُونَ وَلَا تُظۡلَمُونَ﴾[١]، وقال تعالى: ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾[٢]، وقوله تعالى في الحديث القدسي: «**إني حرمت الظلم على نفسي وجعلته بينكم محرمًا فلا تظالموا**»[٣]. أليس من الظلم أن يأخذ صاحب الأرض كل المال وهو لم يعمل شيئًا في هذه الأرض؟!

٢ ـ العدل، قال الله تعالى: ﴿۞إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ﴾[٤]، فليس من العدل أن يأخذ مالك الأرض الريع كله ولم يعمل شيئًا.

٣ ـ قال ﷺ: «**المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يحقره**»[٥].

وجه الاستدلال: أن مالك الأرض لو أخذ الربح أو الغرس ولم يكن قد عمل شيئًا كان ظالما.

٤ ـ الصلح. فالصلح له اعتباره في الشريعة، إذ قال الله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٞ﴾[٦]، وقال تعالى: ﴿وَأَصۡلِحُواْ ذَاتَ بَيۡنِكُمۡ﴾[٧]، وقال تعالى: ﴿لَّا خَيۡرَ فِي كَثِيرٖ مِّن نَّجۡوَىٰهُمۡ إِلَّا مَنۡ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوۡ مَعۡرُوفٍ أَوۡ إِصۡلَٰحِۭ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ﴾[٨]، فالصلح فيه تنازل عن بعض الحقوق، فيتنازل صاحب الأرض عن شيء من

---

(٢) [البقرة: ٢٧٩].

(٣) [آل عمران: ٥٧، وغيرها].

(٤) رواه مسلم (٢٥٧٧).

(٥) [النحل: ٩٠].

(٦) رواه البخاري (٢٤٤٢)، ومسلم (٢٥٦٤).

(٧) [النساء: ١٢٨].

(٨) [الأنفال: ١].

(٩) [النساء: ١١٤].

النتاج ليحصل على باقي النتاج.

٥ ـ حديث بيع المصراة. قال ﷺ: «**لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاع تمر**»[(١)]، حيث جعل النبي ﷺ للمشتري الحق في رد الدابة، ولكن لم يهدر حق المدلس الغارّ صاحب اللبن إذ جعل له صاعًا من تمر، ولم يجعل كل شيء للمشتري.

٦ ـ حديث عمر رضي الله عنه مع أبنائه ومضاربتهم بالمال الذي دفعه لهما أبو موسى الأشعري، حيث لم يجعل لبيت المال جميع المال.

٧ ـ قاعدة «الضرر لا يزال بالضرر». لا يزال ضرر الغاصب بضرر يقابله بأن يقارف مالك الأرض الظلم ولا يعدل فيقابل الضرر بالضرر.

٨ ـ الخيارات المتاحة:

أ ـ إما أن يكون المال كله لمالك الأرض بلا عمل منه؛ وهذا ظلم من قبله.

ب ـ أو يأخذ الغاصب كل النتاج، ولا يكون لمالك الأرض شيء؛ فهذا ظلم في حق مالك الأرض.

جـ ـ أو إهلاك جميع النتاج؛ وهذا فساد وظلم لمالك الأرض.

د ـ أو يكون له «لصاحب الأرض» نصيب من الزرع أو النتاج؛ وهو الأصوب والأعدل.

❋ **ثالثًا**: ما هو نصيب صاحب الأرض؟ له أربعة أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون له نصيب المزارعة. فهو مالك الأرض، فكأنما اتفق مع

(١) رواه البخاري (٢١٤٨)، ومسلم (١٥٢٤).

آخر على أن يزرع له الأرض ويكونا شركاء في الزرع ؛ لكل منهما نسبة معينة من الخارج من الأرض.

الحالة الثانية: أن يأخذ أجرة المثل. فيأخذ من الغاصب أجر الأرض وأرش نقصها، ويأخذ الغاصب الزرع(١).

الحالة الثالثة: أن يتملك صاحب الأرض جميع الزرع بنفقته ؛ فيعطى صاحب البذر قيمة البذر ونفقة عمله(٢).

الحالة الرابعة: أن يتملك صاحب الأرض الزرع بقيمته ؛ بأن تُقدر قيمة الزرع، فيعطى الغاصب قيمة الزرع يوم الحصاد، وعلى الغاصب أن يدفع أجرة الأرض إلى حين تسليم الزرع وأرش نقصها(٣).

والأرجح في ذلك والله أعلم:

١ ـ إن كان صاحب الأرض قد عرض الأرض قبل غصبها بإحدى الطرق الأربعة من استثمار الأرض وعيّن الطريقة فلا يحق له أن يختار بين الطرق الأربع، وإنما له حق الطريقة التي عينها قبل غصبها. فلو عرضها للمزارعة قبل غصبها: فلا يحق له أن يتملك الزرع بنفقته ولا الطرق الأخرى، لاسيما إذا رأى الربح أكثر في التملك بنفقته.

٢ ـ وإن لم يكن عرضها قبل غصبها، ولكن له عرف وعادة في استثمار أراضيه بإحدى الطرق المذكورة ؛ فلا يحق له تجاوزها لغيرها للقاعدة الفقهية «العادة محكمة».

---

(٢) المغني (٥/٣٩٤).
(٣) المغني (٥/٣٩٢)، القواعد (٢/١٣٠).
(١) المغني (٥/٣٩٣ ـ ٣٩٤).

٣ ـ وإن كان له عرف وعادة في طريقتين أو ثلاثة من الطرق المذكورة؛ فله الخيار فيما بينها. فلو كانت له عادة أن يزارع ببعض أراضيه، ويأخذ أجرة المثل في بعضها، ويتملك جميعه بنفقته في بعضها الآخر؛ فله الخيار بين الطرق الثلاثة دون الرابعة. وكذا لو كانت له عادة بالطرق الأربع.

٤ ـ وإن لم تكن له عادة ولا عرف ولا عرضها قبل غصبها؛ فيخير بين الطرق الأربع لتساويها في الحكم.

مسألة: لو أخذ الغاصب نصيبه من الزرع عن طريق المضاربة بينه وبين صاحب الأرض لجرّأ الكثير على غصب أرض غيره، وبعد أن تُرد الأرض لصاحبها يكون له حق المضاربة، فتكون الشريعة فتحت الباب لهؤلاء ولعمت الفوضى؛ فهل الشريعة تُقر هذا؟

قد مرت هذه المسألة وتم بيانها أن الحاكم يعزر الغاصب بأن يأخذ قيمة الزرع التي أعطاه إياها صاحب الأرض المغصوبة، ويضعها في بيت المال. فيكون هذا من باب العقوبة؛ سداً للذريعة، ولئلا يستشري الغصب.

(وإن أدركه قد حصد فلا حق له فيه)

❋ **أولًا:** لا حق لمالك الأرض تملكه، وإنما له:

١ ـ أجرة المثل، وأرش النقص.

٢ ـ أو له حق المزارعة: كما في قصة أبناء عمر بن الخطاب ﵁ مع أبي موسى الأشعري ﵁ في المضاربة.

❋ **ثانيًا:** فيه رواية أخرى عن أحمد: له تملكه. ورجحها بعض الأصحاب،

والمعروف في المذهب خلافه.

لكن هذه الرواية «أن له تملكه» أرجح من حيث الدليل كما لو أدركه نابتاً لم يحصد.

الدليل

١ ـ العلة واحدة، سواءً حصده أم لم يحصده، فالعلة المذكورة في حق التملك إذا لم يحصد متحققة فيما إذا حصد، وهي أن الزرع نبت على ملك مالك الأرض ابتداءً كولد الأمة المتزوجة من حر(١).

٢ ـ جميع الأدلة التي يستدل بها على حق التملك لمالك الأرض إذا لم يحصد يستدل بها إذا حصد.

٣ ـ حكم الزرع المحصود من أرض مغصوبة كحكم نسل الحيوان المغصوب بعد الولادة وكحكم ريع المال المغصوب بعد قبضه.

(القسم الثاني: أن يؤذن له في زرع شيء فيزرع ما ضرره أعظم منه. كمن استأجر لزرع شعير فيزرع ذرة أو دخنًا. وحكمه حكم الغاصب عند الأصحاب) حكمه حكم الغاصب على حسب العادة أو العرف أو ما عينه من عرض. فإن لم يكن ثمة عرف فله الخيار بين تملكه بنفقته أو قيمته أو أخذ أجرة المثل أو حق المضاربة؛ هذا هو الأصح والله أعلم.

الأدلة على سقوط حق المعتدي في غير ما اتفق عليه

١ ـ قال النبي ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**»(٢).

---

(٢) انظر القواعد (٢/١٢٣).

(١) رواه أبو داود (٣٥٩٤) وصححه ابن الجارود (٦٣٧) والألباني (١٣٠٣).

فإذا انتفى الشرط انتفى الحكم، فينتفي العقد ويبطل. فيكون زرعه له بلا عقد لتعديه، فله حكم الغاصب المتعدي.

مثال: أجّر زيد عَمْراً بيتًا بشرط أن لا يسكن معه أحد في البيت، ووافق على الشرط، وبعد أن أجره أسكن معه أصحابه، فبطل العقد لأنه أخل بالشرط.

مثال آخر: اتفق مع آخر أن يزرع في أرضه شعيرًا ثم زرع ذرة فقد بطل العقد؛ لأنه أخل بالشرط كما لو زرع في الأرض دون إذن المالك، فحكمه حكم الغاصب المتعدي.

أما الاحتجاج بالإذن العام له، فليس له إذن عام، وإنما له إذن خاص وإلا فإنه ينتفي العقد.

٢ ـ لم يعمل بالإذن الخاص، إنما عمل فيما لم يتفق عليه فعمل فيما لم يتم العقد عليه، فعمله خارج العقد أي بلا عقد.

٣ ـ سدًا لذريعة تمادي المستأجرين وتعديهم على الشروط وعلى المؤجرين ونقضها. فإذا فتح الباب له بأن يعطيه أجرة المثل فيما هو خارج الاتفاق تمادى المستأجرون وعم الضرر على المؤجرين.

٤ ـ هذا يسد باب الحيل المحرمة. وإلا فإن المستأجر إذا علم بعدم رضا المؤجر بزراعة نوع معين ورضاه عن نوع آخر، فإنه يعقد معه على النوع المرضي ويزرع غير المرضي، وقد ضمن أنه سيدفع أجرة المثل، فتضرر المؤجر وقهر ملكه بالحيل المحرمة.

ولذلك حكمه حكم الغاصب، وللقاضي أن يحكم لبيت المال بالمال المأخوذ

من المالك للمتعدي، وزيادة علىٰ ذلك قد يأخذ القاضي من هذا المتعدي ما أخذه من حق المزارعة.

(القسم الثالث: أن يزرع بعقد فاسد ممن له ولاية العقد كالمالك والوصي والوكيل والناظر إما بمزارعة فاسدة أو بإجارة فاسدة) عقد المالك مع المزارع عقد مزارعة دون تحديد نسبة كل منهما ولا توجد نسبة متعارف عليها؛ فهذه مزارعة فاسدة والعقد فاسد.

أو يعقد المالك أو أحد المذكورين «وصي، وكيل، ناظر» مع المستأجر عقد استئجار لزراعة الأرض دون تحديد مدة ولا توجد مدة متعارف عليها.

أو تعاقد مع مزارع لزراعة الأرض مع أذان الجمعة، فالعقد يكون باطلًا؛ لقول الله ﷻ: ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُوا۟ ٱلْبَيْعَ ذَٰلِكُمْ﴾(١).

(فقال الأصحاب: الزرع لمن زرعه، وعليه لرب الأرض أجرة مثله) فالزرع للزارع وليس لمالك الأرض، ولمالك الأرض أجرة المثل.

والراجح في هذه المسألة أن لها حالتين(٢):

الحالة الأولىٰ: إذا كان المتعاقدان يعلمان قبل العقد فساد هذا العقد؛ فالعقد باطل ولا وجود له. فليس للزارع حق في الزرع، إذ يعتبر تصرفًا دون إذن لبطلان العقد المأذون فيه، وإنما الحق لصاحب الأرض لعلمهما بفساد العقد. ولصاحب

---

(٢) [الجمعة: ٩].

(١) وقد فصل شيخ الإسلام ابن تيمية هذه المسألة وهذا ما ذكره باختصار، انظر القواعد والضوابط للحصين (٢/٢٢٢، ٢١٩).

الأرض الخيار في الخيارات الأربعة المذكورة في القسم الأول.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية في المقبوض بعقد فاسد: وذلك أنه لا يخلو: إما أن يكون العاقد يعتقد الفساد ويعلمه أو لا يعتقد الفساد. فالأول يكون بمنزلة الغاصب؛ حيث قبض ما يعلم أنه لا يملكه(١).

الحالة الثانية: إذا كانا لا يعلمان بفساده. فإنه يفسخ العقد من حين علمهما بفساده. لأن الاستئجار والمزارعة عقود متجددة بنفسها، فيتوقف تجددها من حين العلم بفسادها «فوجب إعادة كل حق إلىٰ مستحقه»(٢).

وأما ما مضىٰ من العقد فإنه يترتب عليه مقتضىٰ العقد، فالزرع السابق قبل الفسخ علىٰ حسب ما اتفقا عليه، فإذا كان العقد قبل الفسخ مزارعة فهو مزارعة، أو استئجار فهو استئجار. فما مضىٰ من العقد يترتب عليه مقتضىٰ العقد، وستأتي الأدلة علىٰ هذا بإذن الله تعالىٰ ثم يُعقد عقد جديد بعد ذلك.

قال ابن تيمية في المقبوض بعقد فاسد: وأما إن كان العاقد يعتقد صحة العقد مثل أهل الذمة فيما يتعاقدون بينهم من العقود المحرمة في دين الإسلام؛ مثل بيع الخمر والربا والخنزير؛ فإن هذه العقود إذا اتصل بها القبض قبل الإسلام والتحاكم إلينا أمضيت لهم ويملكون ما قبضوه بها بلا نزاع؛ لقوله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ إِن كُنتُم مُّؤۡمِنِينَ﴾(٣)، فأمر بترك ما بقي. وإن أسلموا أو تحاكموا قبل القبض فسخ العقد ووجب رد المال إن كان باقيًا أو بدله إن كان فائتًا(٤).

---

(٢) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٤١١).
(٣) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٤٠٢ ـ ٤١٠).
(٤) [البقرة: ٢٧٨].
(٥) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٤١١، ٤١٢).

۞ الأدلة

١ ـ قال تعالىٰ في الربا: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾[١]، ثم قال سبحانه: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[٢]، فإذا عقد مع آخر عقد ربا فأعطاه عشرة آلاف علىٰ أن يعطيه خمسة عشر ألفًا ولم يعلم بتحريم الربا ثم استلم منه ثلاثة آلاف فوق العشرة آلاف وبقي ألفان ثم علم بتحريم الربا؛ فما بقي لا يقبضه، والذي قبضه في السابق له ولا شيء عليه. فيطبق هذا علىٰ العقد الفاسد الذي لم يعلم بفساده، فما اتفقا عليه قبل العلم بالفساد لهما، وأما ما بعد الفسخ فلا بد من عقد جديد.

٢ ـ بيع المصراة، فقد قال ﷺ: «**من اشترىٰ شاة مصراة فهو بخير النظرين؛ إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر**»[٣].

فقد صحح النبي ﷺ ما ترتب علىٰ العقد المفسوخ من انتفاعه من لبنها مقابل صاعٍ من تمر ذلك إذا فسخ العقد للعيب الذي يجهله. وفتح النبي ﷺ باب تصحيح العقد بقبول المشتري للإيجاب السابق للبائع وذلك بإبقاء الشاة وعدم ردها؛ وهذا من صور القبول، فيعتبر من صور بيع الخيار إذ سبق إيجاب البائع والمشتري بالخيار لجهله بالعيب.

٣ ـ العذر بالجهل، ولذا قال المؤلف: فقال الأصحاب: الزرع لمن زرعه. ا. هـ ولكن هذا قبل العلم بفساده.

---

(٢) [البقرة: ٢٧٨].

(٣) [البقرة: ٢٧٩].

(١) رواه البخاري (٢١٥٠) ومسلم (١٥٢٤) واللفظ به.

الدليل:

أ ـ يستدل بجميع أدلة العذر بالجهل.

ب ـ ويستدل بتصحيح النبي ﷺ لصلاة من صلىٰ تجاه بيت المقدس بعد نزول آية تحويل القبلة ولم يعلم بنزولها.

جـ ـ وبتصحيح الركعات التي صلوها قبل علمهم بتحويل القبلة ثم تحولوا في صلاتهم إلىٰ الكعبة بعد علمهم؛ فصحح ركعاتهم.

هـ ـ وتصحيح النبي ﷺ لعقود الجاهلية.

د ـ وصحة جميع العقود التي عقدت في الإسلام بعد نزول الضوابط الشرعية ولم يكونوا قد علموا بها.

٤ ـ الأصل في المعاملات الحل ما لم يرد دليل يمنعها، فلم يرد إليهم دليل يمنعها قبل علمهم به.

٥ ـ قبض مأذون فيه. هو «قبض مأذون فيه» قبل علمهم بفساده[١].

٦ ـ أفضل الخيارات في مثل هذه الحالة قبل علمهما بفسخه:

أ ـ إما أن يكون الزرع للزارع ولا شيء لمالك الأرض؛ وهذا ظلم في حق مالك الأرض.

ب ـ أو الزرع لمالك الأرض وليس للزارع شيء؛ وهذا ظلم للزارع.

جـ ـ أو لمالك الأرض الخيار؛ وهذا ظلم، إذ كيف يجعل لمالك الأرض الخيار

(١) انظر مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٤٠٦ ـ ٤٠٧).

وليس للزارع خيار وكلاهما متساويان في الجهل بفساد العقد.

د ـ أو للزارع الخيار؛ فهو كذلك ظلم لما سبق.

هـ ـ أو يُلزم مالك الأرض بواحد من الخيارات؛ وهذا فيه تعسف إذ كيف يلزمه بأحد الخيارات دون الخيارات الأخرىٰ، وقد تساوت الخيارات في حقه لجهله.

و ـ أو يلزم الزارع بواحد من الخيارات؛ وهذا فيه تعسف لما سبق لجهله بفساد العقد.

ز ـ أو يكون لكل منهما ما تراضيا عليه؛ وهذا أقرب إلىٰ العدل.

٧ ـ تراضيا أصلًا علىٰ هذا الخيار. «قد تراضىٰ العاقدان أن يكون المسمىٰ بدلًا عن العين أو المنفعة، بينما الناس أو القضاة يرضون للعين أو المنفعة ببدل آخر، فكان اعتبار تراضيهما أولىٰ من اعتبار رضا الناس»(١).

٨ ـ لا بد من تقدير عقد لدرء الظلم وإقامة العدل. «لما تعذر العقد هنا قدّرنا وجود عقد يُعرف به البدل الواجب فيه، فتقدير عقدهما الذي عقداه أولىٰ من تقدير ما لم يوجد بحال ولا رضيا به ولم يعقده غيرهما، فإذا كان لا بد من التقدير والتقريب فما كان أشبه بالواقع كان أولىٰ بالتقدير وأقرب إلىٰ الصواب»(٢).

٩ ـ القاعدة الفقهية: «العِوض في العقود الفاسدة هو نظير ما يجب في الصحيح عرفًا»(٣). فالعرف بين العاقدين هو ما تم الاتفاق عليه، والذي يجب في الصحيح هو ما اتفقا عليه.

---

(٢) مجموع الفتاوىٰ لابن تيمية (٢٩/٤٠٩ ـ ٤١٠).

(٣) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٤١٠) (٢٩/٤١٤ ـ ٤١٥).

(١) مجموع الفتاوىٰ (٣٠/٨٥).

١٠ ـ الاتفاق علىٰ تصحيح العقود التي لم يعلم عاقدوها بتحريمها. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: إن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقوداً ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها فإن الفقهاء جميعهم ـ فيما أعلمه ـ يصححونها إذا لم يعتقدوا تحريمها وإن كان العاقد لم يكن حينئذ يعلم تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد. ولا يقول أحد لا يصح العقد إلا الذي يعتقد العاقد أن الشارع أحله(١).

قال ابن تيمية: أمر الله تعالىٰ برد ما بقي من الربا في الذمم، ولم يأمر برد ما قبضوه قبل الإسلام، وجعل لهم مع ما قبضوه قبل الإسلام رؤوس الأموال. فعلم أن المقبوض بهذا العقد قبل الإسلام يملكه صاحبه، أما إذا طرأ الإسلام وبينهما عقد ربا فينفسخ، وإذا انفسخ من حين الإسلام استحق صاحبه ما أعطاه من رأس المال ولم يستحق الزيادة الربوية التي لم تقبض، ولم يجب* عليه من رأس المال ما قبضه قبل الإسلام؛ لأنه ملكه بالقبض في العقد الذي اعتقد صحته... وهكذا كل عقد اعتقد المسلم صحته بتأويل من اجتهاد أو تقليد(٢).

وقال: وأما إذا تحاكم المتعاقدان إلىٰ من يعلم بطلانها قبل التقابض أو استفتياه إذا تبين لهما الخطأ فرجع عن الرأي الأول؛ فما كان قد قبض بالاعتقاد الأول أُمضي. وإذا كان قد بقي في الذمة رأس المال وزيادة ربوية أُسقطت الزيادة ورجع إلىٰ رأس المال، ولم يجب علىٰ القابض رد ما قبضه قبل ذلك بالاعتقاد الأول(٣).

---

(٢) القواعد النورانية (٢٢٨).

* لعل (يجب) تصحيف إنما هي «لم يحسب عليه» لما سبق قوله [وجعل لهم مع ما قبضوه قبل الإسلام رؤوس الأموال].

(٣) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٤١٢).

(١) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٤١٣).

عندنا صورتان:

الصورة الأولىٰ: أن يتفق شخص مع مقترض بأن يقرضه. اقترض زيد عشرة آلاف من عمرو علىٰ أن يعطيه اثني عشر ألفًا. فإذا لم يكن عالما بالتحريم ثم علم: فإذا لم يكن قبض منه شيئًا من الربا فإنه يأخذ رأس ماله فقط.

الصورة الثانية: أودع ماله في بنك ربوي والبنك يستثمر أموال المودع بالإقراض، فإذا لم يكن المودع يعلم أن هذا ربا وقد استلم شيئًا من الفوائد؛ فهذا لا شيء فيه ولا شيء عليه. لكن إذا علم بعد ذلك أن هذا ربا محرم؛ فلا يدع أرباح ماله ـ الربا ـ للبنك، وإنما يجعلها في وجه من وجوه الخير بنية عن صاحبها الأصلي الذي أخذت منه.

مسألة: شركة رست عليها مناقصة أو ممارسة فلا بد وأن تودع مبلغًا في البنك من باب الضمان، ربما خمسين ألفًا أو أكثر؛ والبنك يستثمرها استثماراً ربوياً فيعطيه عليها فوائد؛ فماذا يفعل بهذه الفوائد؟

أمامه خياران:

الأول: أن يُبقي هذه الفوائد للبنك ويأخذها البنك، وهذا فيه إعانة للبنك علىٰ الربا.

الثاني: أن يأخذ هذه الفوائد ولا يأكل منها شيئًا بل ينفقها في الأعمال التي فيها منفعة للناس. وهذا هو الأفضل، ولكن لا ينوي بها الصدقة؛ لأنه مال خبيث إلا أن يجعله في الجهات الخيرية بنية أن يتصدق به عن صاحب المال الأصلي الذي أُخذت منه هذه الأموال الربوية، فذاك المقترض الذي أقرضه البنك فدفع للبنك فوائد تكون أنت قد تصدقت عنه بهذا المال.

مسألة: لو أن الذي أودع ماله في بنك ربوي لم يكن يعلم بتحريم المعاملات التي يقومون بها، وكان يظنه استثمارًا مباحاً وأرباحه جائزة، وكان يستلم الفوائد الربوية، وربما كوّن رأس مال كبير من الربا. ثم علم بعد ذلك أن هذه الفوائد محرمة، وكان رأس ماله عشرة آلاف ثم أصبح من كثرة الربا مائة ألف على مر السنين فما قبضه فهو له، ويتوقف عن قبض ما جاءه بعد ذلك. وأما إذا كان يعلم أنها محرمة ثم تاب إلى الله ﷻ؛ فماذا يفعل؟ اختلف العلماء في ذلك، ورجح شيخ الإسلام ابن تيمية بأن له جميع ما قبضه في السابق، لكن لا يقبض شيئاً مما يستجد، والدليل على هذا قول الله ﷻ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ ٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَذَرُوا۟ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓا۟ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾[1]، ثم قال الله ﷻ: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[2]، فإذا تاب ولم يقبضه فله رأس ماله فقط ولا يأخذ من الربا شيئًا، وأما إذا قبضه فهو له.

(القسم الرابع: أن يزرع في أرض غيره بعقد ممن يظن أن له ولاية العقد، ثم يتبيَّن بخلافه؛ مثل أن تتبين الأرض مستحقة للغير) أي تبين للزارع أن العاقد عن الأرض ليست له ولاية في العقد عليها.

وهذا له صور:

١ ـ أن يكون العاقد غاصبًا للأرض.

مثاله: زيد رأى أرضًا وأراد أن يستأجرها ليزرعها فأخبروه بأنها لعمرو، فاستأجرها منه مدة خمسين سنة. ثم زرعها، وبعد سنتين صدر الحكم لمالك الأرض الأصلي، وتبين أن عمرًا غاصب للأرض، فتبين للزارع بأن العاقد الذي

(٢) [البقرة: ٢٧٨].
(١) [البقرة: ٢٧٩].

عقد معه ليست له ولاية على هذه الأرض وإنما هي مستحقة لآخر.

٢ ـ أو يكون العاقد للأرض فضوليًا: سواءً كان مستعيرًا للأرض أو مستأجرًا إياها، فعقد مع الزارع ولم يستأذن المالك.

٣ ـ أو يكون العاقد مشتريًا دون إذن الشفيع في الشفعة. مثال: زيد مشترك مع عمرو في أرض، لكل واحد منهما نصف الأرض، فباع زيد نصيبه لأسامة من غير أن يُعلم عمرًا، فزرعها أسامة، ثم علم عمرو فاعترض على زيد بأن له حق الشفعة، ثم نقد لأسامة ثمن الأرض، فرجعت الأرض للشفيع ولكن عليها زرع أسامة.

(فالمنصوص أن لمالك الأرض تملكه بنفقته أيضًا) مالك الأرض له الحق في تملك الزرع، بشرط أن ينقد لصاحب البذر قيمة البذر، ونفقة عمله.

الراجح في ذلك التفصيل:

١ ـ إن كان العاقد غاصبًا: فحكمه حكم المزارع الغاصب كما في القسم الأول، إذ الأرض مغصوبة في هاتين الحالتين؛ فلمالك الأرض الخيارات على التفصيل المذكور.

٢ ـ وإن كان العاقد فضوليًا. فالصحيح في الفضولي أن عقده باطل لأن العاقد لا يكون عاقدًا إلا من كانت له ولاية على العقد إما لفظًا أو حكمًا؛ بالتصريح أو بالقرائن كحديث عروة البارقي(١). وإلا فهو في حكم الغاصب، إذ الأرض مغصوبة في الحالتين، فلمالك الأرض الخيار.

٣ ـ وإن كان العاقد مشتريًا من البائع دون إذن الشفيع في الأرض المشفوعة، فعَقد مع الزارع فزرعها.

---

(١) رواه البخاري (٣٦٤٢).

فما الحكم؟

❋ **أولًا**: عقد شراء الأرض المشفوعة دون إذن الشفيع عقد فاسد بين المالك والمشتري.

❋ **ثانيًا**: الشفيع لا يملك الأرض إلا بعد مطالبته بحق الشفعة وبعقده مع مالك الأرض، وللمشتري حق فيه، ولكن الشفيع أحق لقول النبي ﷺ: «الجار أحق بسقبه»(١)، فجعل النبي للاثنين حقًّا، ولكن الجار أحق، وعند زراعة الأرض لم يكن الشفيع مالكًا لها. فالبيع موقوف على خيار الشفيع، وصح ما قبل خيار الشفيع للشراء.

❋ **ثالثًا**: إذا لم يكن الشفيع مالكاً لها قبل مطالبته للشفعة فالزرع تحقق قبل تملكه لها، فهو إما للبائع مالك الأرض أو للمشتري أو للزارع.

❋ **رابعًا**: إذا كان الزرع لمالك الأرض وهو البائع؛ ومالك الأرض هو الذي غر المشتري، والمشتري يجهل عدم وجود إذن الشفيع في البيع، فهو معذور بجهله.

❋ **خامسًا**: تصح جميع تصرفاتهم قبل فسخ العقد بمطالبة الشفيع بحقه، فيفسخ العقد بين المشتري ومالك الأرض منذ مطالبة الشفيع بحقه.

❋ **سادسًا**: يصحح للمشتري كل تصرف تصرفه قبل فسخ العقد.

❋ **سابعًا**: الزارع زرع بعقد فاسد مع المشتري؛ وكلاهما يجهل فساد العقد.

❋ **ثامنًا**: يصبح زرع الزارع مأذونًا فيه قبل فسخ العقد كالقسم الثالث.

❋ **تاسعًا**: أما بعد فسخ العقد وما زال الزرع قائمًا، تجري على الزارع القاعدة

---

(١) رواه البخاري (٢٢٥٨).

السابعة والسبعون.

هل يمكن فصل زرعه أم لا ؟

فإن أمكن فصل زرعه دون ضرر يلحق الشفيع، فليس للشفيع تملكه قهرًا.

وإن لم يمكن فصله إلا بضرر يلحق الشفيع أو الزارع ؛ فلمالك الأصل أن يتملكه إما بالمصالحة أو بإصلاح الضرر، وإلا فإنه يجبر الزارع على القبول ؛ وله فيها الخيارات المذكورة:

أ ـ المزارعة.

ب ـ بتملكه قيمة الزرع.

جـ ـ نفقته.

د ـ الإجارة بالمثل.

وقد سبق ذكر الأدلة في القاعدة السابعة والسبعين.

(القسم الخامس: أن يزرع في أرض بملكه لها.... ثم ينتقل ملكها إلىٰ غيره والزرع قائم فيها)

كمن اشترىٰ أرضًا فزرعها ثم أفلس فطالب البائع بأرضه فرجعت إليه والزرع قائم عليها.

ومن أصدق امرأته أرضًا فزرعتها، ثم طلقت قبل الدخول بها فأرجعت نصف الأرض إلىٰ مطلقها ؛ والزرع قائم فيها.

من زرع أرضًا له ثم باعها والزرع قائم فيها.

(أو بإذن مالكها ثم ينتقل ملكها إلىٰ غيره والزرع قائم فيها) كمن استأجر أرضًا من مالكها للزراعة فزرعها، ثم مات مالكها فانتقلت إلىٰ الورثة والزرع قائم فيها للمستأجر.

ومن وقف أرضًا علىٰ البطن الأول؛ فإن هلكوا فعلىٰ البطن الثاني، فأجرها أهل البطن الأول لمزارع فزرعها ثم هلكوا فانتقلت الأرض إلىٰ البطن الثاني.

(وهو نوعان: أحدهما: أن ينتقل ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزرع في بقية مدته).

أ ـ انتقال الأرض؛ أن ينتقل ملك الأرض إلىٰ المالك القديم كمن أفلس فرجعت الأرض إلىٰ مالكها الأول، أو إلىٰ الزوج بعد طلاق زوجته، أو إلىٰ المشتري الجديد، أو إلىٰ الورثة.

ب ـ عدم انتقال منفعة الأرض المشغولة بالزرع إلىٰ المالك الجديد:

❋ **أولًا**: أن يبقىٰ حق الانتفاع بالأرض للمنتفع بإذن المالك الجديد، فيأذن بالانتفاع إلىٰ أن تنتهي مدة العقد للمفلس، وللمطلقة، والبائع، والمستأجر (إذ يستمر حقه في الانتفاع بالأرض لأنه استأجرها إلىٰ مدة ولم تنته المدة):

كما لو اشترط البائع علىٰ المشتري إبقاء عقد الإجارة.

أو وصىٰ الميت بأن يبقي عقد الإجارة في الثلث، أو غيرها من صور إذن المالك.

❋ **ثانيًا**: أو دون إذن المالك الجديد. وهذا فيه إشكال. وسيرد تفصيلها بإذن الله تعالىٰ.

(فإن الزرع لمالكه... بغير إشكال) إذا لم تنتقل منفعة الأرض للمالك الجديد

فإن الزرع للمنتفع، فبقاء الزرع لمن زرعه دون مالك الأرض. فالزرع للمفلس وللبائع مالك الأرض وللمستأجر؛ لأنهم هم الذين زرعوا الأرض بإذن صحيح، فهم أصحاب الزرع.

(ولا أجرة عليه بسبب تجدد الملك بغير إشكال) هذا إذا لم تنتقل المنفعة إلىٰ المالك الجديد.

أما إذا انتقلت إلىٰ المالك الجديد، فهذا فيه نظر، بل فيه إشكال، والأمثلة التي ذكرها المؤلف يرد عليها هذا الإشكال.

التفصيل

(من استأجر أرضًا من مالكها وزرعها، ثم مات المؤجر وانتقلت إلىٰ ورثته) الأرض للورثة والزرع الحادث قبل وفاته للمستأجر. أما منفعة الأرض المشغولة بالزرع؛ هل تنتقل إلىٰ الورثة؟ أم تبقىٰ للمستأجر الذي استأجر الانتفاع بها من المالك قبل موته؟

❊ **القول الأول**: المشهور في المذهب أن المنفعة تبقىٰ للمستأجر إلىٰ أن تنتهي مدة عقده مع الميت.

وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر[1].

الدليل

١ ـ إنه عقد لازم، فلا ينفسخ بموت العاقد (المؤجر) مع سلامة المعقود عليه (الأرض المستأجرة).

(١) المغني (٦/٤٢).

نوقش

أنه عقد لازم فيما يملكه العاقد المؤجر لا فيما لا يملكه، فهو لا يملك أن يؤجر المنفعة بعد موته كمن باع ما لا يملك. أما العقد اللازم للعاقد فهو لازم للمؤجر والمستأجر، بينما الورثة لم يعقدوا علىٰ الأرض؛ فكيف يكون لازمًا لغير العاقد؟

٢ ـ قياسًا علىٰ من زوج أَمَتَه ثم مات؛ فإن العقد باقٍ مع انتقال ملك الأمة إلىٰ الورثة.

نوقش

بأنه قياس مع الفارق، فالنكاح عقد دائم، بينما عقد الإجارة عقد علىٰ منافع متجددة، فلو تعطلت المنافع فسخ العقد.

٣ ـ إن المستأجر قد ملك المنافع بالعقد، وملك العاقد (المؤجر) الأجرة كاملة في وقت العقد.

نوقش

ملك العاقد الأجرة فيما يملكه من منافع الأرض، ولا يحق له من الأجرة ما لا يملكه من منافع الأرض، ومنافع الأرض يملكها ما دام في حياته مالكًا للأرض، أما بعد وفاته فلا يملك منافعها، فلا يملك أجرتها.

٤ ـ قياسًا كما لو حفر بئرًا ثم مات فوقع فيها شيء بعد موته ضمنه من ماله؛ لأن سبب ذلك كان منه في حال حياته.

٥ ـ ساقىٰ النبي ﷺ يهود خيبر وملكها للمسلمين، وقد مات من المسلمين قوم ومن اليهود قوم والمساقاة باقية.

نوقش

أ ـ المالك هنا بيت مال المسلمين، والمتصرف ولي المسلمين فهو وكيل عنهم، مع بقاء بيت مال المسلمين، فهو كتصرف الوكيل في مال موكله؛ وموكله باقٍ.

ب ـ إن النبي ﷺ هو الذي شرع هذا في ملك دائم للمسلمين لم ينتقل إلىٰ غير المسلمين.

❊ **القول الثاني**: أن عقد الإجارة ينفسخ بموت المؤجر، فتنتقل منفعة الأرض إلىٰ الورثة.

وهو قول الثوري والليث وأصحاب الرأي والشعبي وداود الظاهري والحكم(١).

الدليل

١ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾(٢)، فلا يكسب الإنسان إلا علىٰ نفسه، ولا ينفذ عقده في مال غيره، فلا يكسب علىٰ غيره.

٢ ـ قال النبي ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام**»(٣). فإذا مات المؤجر انتقل ملك الأرض المستأجرة إلىٰ ورثته أو للغرماء. فلا يحل للمستأجر أن ينتفع بمنافع حادثة في ملك من لم يستأجر منه شيئًا قط، فهذا أكل المال بالباطل(٤).

٣ ـ قال النبي ﷺ: «**ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط**»(٥). فاشتراط مدة لا يكون فيها المالك علىٰ قيد الحياة وينتقل فيها مُلك

(٢) المغني (٦/٤٣)، المحلىٰ (٨/١٤٨).

(٣) [الأنعام: ١٦٤].

(٤) رواه البخاري (٥٥٥٠).

(٥) المحلىٰ (٨/١٨٤).

(٦) رواه البخاري (٢١٦٨).

المنفعة إلىٰ غيره شرط ليس في كتاب الله تعالىٰ، ومخالف لشرعه فهو باطل؛ لأنه عقد علىٰ ملك غيره، أي علىٰ منفعة لا يملكها.

٤ ـ نهىٰ النبي ﷺ: **عن بيع ما لا يملك إذ قال** ﷺ: «**لا تبع ما ليس عندك**»[١]. فالمتوفىٰ لا يملك منافع الأرض ولا الأرض بعد وفاته، كمن أجر منافع حادثة في ملك غيره.

٥ ـ إن منفعة الأرض تبع لملكية الأرض، فمالك عين الأرض مالك لمنفعتها ما لم يملِّك منفعتها لغيره، والتبع له حكم الأصل، والمنفعة تبع للأرض فبطل عقد الإجارة.

٦ ـ إن المنافع متجددة فتحدث ساعة بعد ساعة، وتحدث شيئًا بعد شيء، فالعقد في الإجارة ينعقد ساعة فساعة. فبموت مالكها انتقلت الأرض إلىٰ الورثة، فلا يحق للميت أن يكون عاقدًا علىٰ منافع متجددة لا يملكها لأن الأرض انتقلت إلىٰ الورثة، فتجددت المنافع لصالح الورثة، فكيف يعقد علىٰ منافع لا يملكها.

٧ ـ إن المنافع بعد الموت ملك لغيره، فلا ينفذ عقده عليها من غير ملك ولا ولاية.

٨ ـ لا يحل للمستأجر أن ينتفع بمنافع حادثة في مُلك من لم يستأجر منه شيئًا قط[٢] ولم يعقد معه عقداً.

٩ ـ إن العقود اللازمة تنفسخ بالعيوب، فانتقال ملك العين إلىٰ مالك جديد بوفاة المالك الأول أولىٰ بالفسخ من العيوب.

مثال: إذا استأجرت سيارة ثم وجدت فيها عيبًا انفسخ العقد، فبالعيوب تنفسخ

---

(٢) رواه أبو داود (٣٥٠٣) وصححه الألباني في الإرواء (١٢٩٢).

(١) المحلىٰ (١٨٤/٨).

العقود؛ فكيف بانتقال ملك العين إلىٰ مالك جديد؟ فمن باب أولىٰ أن ينفسخ العقد.

١٠ ـ عقد الإجارة هو عقد مشروط ضمنًا. فهو عقد مشروط من قبل العاقدين شرطًا ضمنيًا بأنه عقد علىٰ المنافع **ما داما علىٰ قيد الحياة**، وما داما مالكين للمنافع، فإذا زال ملك العين والمنافع أو مات المستأجر انفسخ العقد.

مثال: استأجر بيتًا مدة عشر سنوات، فمات المستأجر؛ فهل يلزم ورثة المستأجر بعقد الإجارة؟! فكذا العكس لو مات المؤجر لم يلزم ورثته بعقد الإجارة.

١١ ـ كمن أجّر أرض اليتيم للزرع مدة مائة عام وهو يعلم أن اليتيم سيبلغ. فإنه مشروط ضمنًا ببلوغ اليتيم، فإذا بلغ فهو بالخيار ما بين الإمضاء أو الفسخ.

١٢ ـ كموت مؤجر الوقف، وانتقال الوقف للبطن الثاني. فالإجارة تنفسخ عند الحنفية والمالكية والمشهور من مذهب الشافعية، ووجه قوي عند متأخري الحنابلة، ورجحه ابن تيمية وابن رجب والمرداوي.

١٣ ـ القول بعدم فسخ عقد الإجارة أو عدم إبطاله ذريعة لإفساد أموال الناس ومنعهم من التصرف في أملاكهم. كما لو عقدا علىٰ تأجير الأرض مائة ألف سنة. فالموت متيقن بإذن الله تعالىٰ لأحد العاقدين، ولا يوجد غلبة ظن بالبقاء علىٰ قيد الحياة خلال مدة العقد. فهما يعلمان أنها ستنتقل إلىٰ ملاك جدد، فحبسوا الملاك الجدد عن التصرف فيها.

١٤ ـ فيه منع صاحب الحق من حقه وهم الورثة.

❊ **القول الثالث** التلفيق بين القولين.

١ ـ يبقىٰ العقد ساريًا في حدود الثلث ولا يسري فيما زاد علىٰ الثلث. فإذا عقد

لمدة عشر سنوات ثم مات بعد سنتين ، فهو بمثابة الوصية باستمرار العقد إلىٰ الانتهاء منه ، فإذا وافق ثلث التركة جاز. كما لو أجر عمارة لمدة عشر سنوات ، ثم مات وترك ثلاث عمارات متماثلات ؛ فإن الإجارة للعمارة الأولىٰ تستمر لمدة عشر سنوات لأنها في حدود الثلث ، فإذا انتهت مدة الإجارة رجع ملك منفعتها إلىٰ الورثة.

٢ ـ المصلحة المرسلة. إذا رأىٰ الإمام أن المصلحة في بعض الأنواع من الإيجارات الإبقاء عليها لحلول الفساد علىٰ الأمة لو فسخت ؛ صح ذلك. كما في إيجار الأراضي الخاصة للبناء وغير ذلك لمدة عشرين عاماً مثلًا ؛ فهذا من باب مصلحة الأمة لا لمصلحة فئة من الناس.

كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الطلاق الثلاث بلفظ واحد ؛ فأجراها ثلاثًا للحفاظ علىٰ المصلحة العامة ، وكذا علي بن أبي طالب رضي الله عنه أجرىٰ عقد الاستصناع وذلك لمصلحة الأمة.

(ومن اشترىٰ أرضًا فزرعها ، ثم أفلس فإن للبائع الرجوع في الأرض) لقول النبي صلى الله عليه وسلم : «**من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره**»(١).

(والزرع للمفلس) لأنه هو الذي زرعه. وهذا فيه تفصيل:

١ ـ إن كان يعني أن الزرع للمفلس ، فيحصده أو ينقله ساعة خروجه عن ملكه وانتقاله إلىٰ ملك البائع ؛ فهذا لا خلاف فيه ، فلا حق للبائع فيه لا أجرة ولا ملكًا للزرع.

٢ ـ وإن كان يعني ـ وهذا هو الظاهر ـ أن ملك الأرض ينتقل إلى البائع ويبقى الزرع في الأرض ، وتصبح منفعة الأرض مشغولة لصالح المفلس إلىٰ أن يحصد الزرع.

---

(١) رواه البخاري (٢٤٠٢).

فلا بد وأن يُنظر:

* **أولاً**: هل قبض البائع شيئًا من ثمنها، أو أبرأه شيئًا من ثمنها؟ فإن قبض شيئًا من ثمنها أو أبرأه شيئًا سقط حقه في استرجاع الأرض ما لم يرد إليه ما قبضه منه[(١)].

* **ثانياً**: هل وجود الزرع في الأرض إلىٰ ما قبل الحصاد يعتبر زيادة متصلة أم منفصلة؟ أي هل الزرع يعتبر من النماء المنفصل أم من النماء المتصل في الأرض؟ النماء المتصل مثلًا لو كانت شاة فزاد لحمها أو صوفها فهذا نماء متصل. والنماء المنفصل أن تلد، فالولد نماء منفصل. وبعضهم قال: الثمار نماء منفصل عن الشجرة.

وتفصيل هذا كالآتي:

* **أولًا**: الأدلة أن للمفلس حق الانتفاع بالأرض إلىٰ موعد الحصاد.

١ ـ لأن للغرماء حقًا في الزرع، ولا يجوز إتلاف حقهم بقطع الزرع، فإن في ذلك إفسادًا له وتضييعًا للمال، وضياعًا لحقهم، وقد نهىٰ النبي ﷺ عن إضاعة المال، ولا يجوز إزالة الضرر بالضرر[(٢)]. وإلزام المفلس بدفع قيمة أجرة الانتفاع زيادة في الغرم وإضرار بالغرماء.

لذا يشترط علىٰ البائع إذا استرجع الأرض: أن يبقي علىٰ الزرع إلىٰ وقت الحصاد، وهذا هو المطلوب، وينتقل إليه ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزرع في بقية مدته. أو يبذل قيمة الزرع ليكون له الجميع كما سبق بيانه في

(٢) المغني (٤/٤٧٨).
(١) المغني (٤/٤٧٦).

القاعدة السابعة والسبعين، ولكن بإذن المفلس والغرماء؛ لأن المفلس زرعها وهي في ملكه.

٢ ـ وإلا فإن البائع لم يدرك متاعه بعينه إنما أدركه مشغولًا بملك المشتري[١]، فلم يدرك متاعه علىٰ وجه يمكنه أخذه منفردًا عن غيره، فلم يكن له أخذه، كما لو أدرك الأرض مبنية.

٣ ـ وإذا قلع الزرع بقيت الحفر ونقصت الأرض، ووجود ذلك سواءً قبل قلعه أو بعد قلعه أثر علىٰ العين، فلم يدرك ماله بعينه إلا إذا اتفق الجميع علىٰ إبقاء الزرع إلىٰ حين الحصاد؛ وهو المطلوب.

٤ ـ قبل موعد الحصاد: البائع لم يدرك ماله بعينه، بل أدركه وفيه زيادة للمفلس، فلا حق له فيه إلا بعد فصل الزيادة بلا مفسدة فيه لحق الزارع المفلس، ذلك يعني أنه لا حق له إلا بعد الحصاد، فلا يملك الأرض قبل ذلك، وإنما يُحجر علىٰ المفلس إلىٰ وقت الحصاد.

٥ ـ الزرع الثابت في أرض الغير زرع بإذن صحيح؛ لأن المفلس زرع الأرض فإذا سلمها إلىٰ بائعها لم يسلمها إلىٰ بائعها الأول إلا بإذن المفلس لوجود الزرع عليها إذ لم يجدها البائع كما باعها، وهو زرع ثابت بإذن صحيح.

* **ثانياً**: هل قبض البائع شيئًا من ثمنها؟ أو هل أبرأ البائع المفلس شيئًا من ثمنها قبل إفلاسه؟[٢]. فإذا كان كذلك فالبائع ليس بأحق من سائر الغرماء؛ وهو قول الإمام أحمد وإسحاق والشافعي في القديم.

---

(٢) المغني (٤/٤٧٥).

(١) يراجع المحلىٰ لابن حزم (٨/١٧٥).

الدليل

١ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ فينظر زرع المفلس إلىٰ يوم حصاده وهو الميسرة وإلا فات حق الغرماء.

٢ ـ قال النبي ﷺ: «**أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس لم يكن قبض من ثمنها شيئًا فهي له، وإن كان قد قبض من ثمنها شيئًا فهو أسوة الغرماء**»[(١)]، فقد نص هذا الحديث إن لم يكن قبض من ثمنها شيئًا فهي له، وإن كان قد قبض من ثمنها شيئًا فهو أسوة الغرماء؛ فلا حق له في الأرض.

٣ ـ في الرجوع في قسط ما بقي تبعيض للصفقة علىٰ المشتري. فلو دفع المشتري نصف ثمن الأرض، فقال البائع: أنا أولىٰ بالنصف الآخر؛ فهذا تبعيض للصفقة، والنبي ﷺ تكلم عن العين بأكملها ولم يتكلم عن تبعيض الصفقة، وهذا لم يرد فيه دليل.

٤ ـ في الرجوع في قسط ما بقي إضرار بالمشتري[(٢)]، فربما لو بيعت الأرض بأكملها لكان لها ثمن، وأما بيع نصفها ربما ينقص الثمن، فهذا فيه إضرار بالمفلس وكذلك الغرماء.

٥ ـ وقيمته تنقص بالتشقيص ولا يرغب فيه مشقصًا، فيتضرر المفلس والغرماء، والناس لا تُقبل علىٰ شراء مثل هذا إذا علموا أنه يشاركهم غيرهم، وهذا ينقص من قيمة الأرض.

٦ ـ والتشقيص سبب يفسخ به البيع، فلم يجز التشقيص كالرد بالعيب، فكل هذا

---

(٢) رواه أبو داود (٣٥٢٢) وابن الجارود (٦٣١)، وضعفه الألباني في الإرواء (٥/٢٦٩ ـ ٢٧٢).

(١) المغني (٤/٤٧٩).

يعتبر بمثابة عيب في الأرض ، فإذا أخذ جزءًا من الأرض أصبحت الأرض معيبة ، وكل هذا فيه إضرار بالمفلس والغرماء ؛ قال الإمام مالك: إن شاء البائع رد ما أخذه ورجع في جميع العين ، وإن شاء حاص الغرماء ولم يرجع ، وهو قول ابن حزم.

لذا فالراجح في المسألة أن يبقىٰ الزرع فيها إلىٰ وقت الحصاد لما سبق من الأدلة.

(ومن أصدق امرأته أرضًا فزرعتها ، ثم طلَّقها قبل الدخول والزرع قائم وقلنا: له الرجوع ؛ فإن الزرع مبقىٰ بغير أجرة) من أصدق امرأته أرضًا ثم طلقها قبل الدخول فلها نصف الأرض ؛ لقول الله تعالىٰ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾(١). فإذا زرعتها قبل أن يطلقها ثم طلقها والزرع قائم فيها:

أ ـ فالزرع لها.

ب ـ ويرجع بنصف الأرض.

جـ ـ فهل الزرع يبقىٰ إلىٰ وقت حصاده بأجرة أم بلا أجرة؟

مسألة: هل المرأة قبل طلاقها تملك الأرض بالعقد أم تملك نصفها؟ للعلماء قولان:

❊ **الأول:** تملكها كلها ؛ وهو قول جمهور العلماء.

❊ **الثاني:** لا تملك إلا نصفها ؛ وهو مروي عن مالك وأحمد.

دليل القول الأول(٢):

١ ـ قال النبي ﷺ لمن لم يجد صداقًا إلا إزاره: «**إن أعطيتها إياه جلست لا إزار**

(٢) [البقرة: ٢٣٧].

(٣) انظر المغني (٨/٢٨ ـ ٢٩).

لك»[١]، دل على أن الصداق كله للمرأة، ولا يبقى للرجل منه شيء.

نوقش

١ ـ الملك ملكان: ملك مستقر، وملك غير مستقر. فهي تملك نصفه ملكًا مستقرًا، وأما النصف الثاني فتملكه ملكًا غير مستقر؛ لقول الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[٢]. وأما قول النبي ﷺ: «**إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك، فالتمس شيئًا**»، فهذا على العموم، فتكلم ﷺ عن عموم النكاح ولم يشر إلى الطلاق، وعند الكلام عن العموم فالمرأة لها الصداق كله وهذا هو الأصل، لكن هذه الآية تدل على أنها لا تملك إلا النصف.

أجيب: الآية لم تقل بأنها لا تملك إلا النصف ولكنها توجب حق النصف بعد الطلاق، وهذا كحال من فسخ العقد أو وجد به عيباً فإن له المال كله؛ فهل يقال بأن البائع بعد البيع لم يملك الثمن؟!

٢ ـ لأنه عقد تملك به العوض بالعقد، فمُلك العوض فيه كاملًا كالبيع. فلو باع سيارة فالبائع يستلم ثمنها والمشتري يستلم السيارة.

نوقش

عقد البيع عقد لازم للطرفين ولا يحق لأحدهما فسخه إلا بعيب، وكل منهما يملك المعقود عليه، فهذا ملَكَ السيارة وهذا مَلَك ثمنها، فالأول يملك الثمن والآخر يملك المثمن ملكًا مستقرًا. وأما عقد النكاح فهو عقد يحق للزوج فيه أن

(٢) رواه البخاري (٥١٣٥).

(١) [البقرة: ٢٣٧].

يطلق دون إذن من الزوجة فيسترد نصف الصداق، كالبيع بخيار الشرط في نصف المبيع؛ لا يملك البائع ثمن النصف الآخر الذي اشترط فيه الخيار للمشتري.

فلو قال: بعتك هذه الأرض لكن بشرط أن لي الخيار في الرجوع في نصفها الثاني لمدة شهر؛ أصبح عقداً بشرط الخيار، فلا يملك المشتري الأرض كلها، وإنما يملك النصف فقط أما النصف الثاني فبشرط الخيار، فلم يستقر ملكه للأرض كلها.

٣ ـ قياسًا لو ارتدت سقط جميعه.

نوقش

الارتداد محرم، بينما الطلاق غير محرم وأذن به الشرع وجعل للمطلقة نصف الصداق.

٤ ـ إن نقص المهر بعد قبضها له أو تلف فهو من ضمانها. فإذا أعطاها مهرًا عشرة آلاف ولم يدخل بها ثم سرق جزء منه بعدما قبضته أو ضاع شيء من المال فهو في ضمان الزوجة، قالوا: كذلك هي تملك هذه الأرض وتملك ما ينتج منها.

نوقش

هو بمثابة العارية، لو تلفت فهي في ضمان المستعير ولا يملكه المستعير.

أدلة القول الثاني: لا تملك إلا نصف الأرض.

١ ـ قال الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[1].

---

(١) [البقرة: ٢٣٧].

فدل أنها تملك النصف الأول ملكًا تامًا مستقرًا، أما النصف الثاني فإنها لا تملكه ملكًا تامًا، بل ملك غير مستقر لجواز طلاقه لها قبل دخوله بها، سواء قبضته أم لم تقبضه.

٢ ـ أن النصف الأول من الصداق هو ثمن للعقد، والنصف الثاني ثمن للدخول. فمُلك النصف الثاني مشروط بالدخول ولم يدخل بها بعد؛ فكيف يقال: بأنه تملك النصف الثاني ؟!

٣ ـ قياسًا على البيع بخيار الشرط للمشتري. فلا يحق للبائع أن يتصرف في الثمن قبل أن يستقر له، وفي المقابل لا يحق له إذا كان الخيار للبائع أن يتصرف في الأرض بأن يبني عليها إلا بعد استقرار البيع.

(**فإن الزرع مبقى بغير أجرة**) فإذا تبين الأمر كذلك بأنها لا تملك إلا نصفه، أما النصف الثاني فلا تملكه فتصرفت فيما لا تملك. فإذا طلقها فإن الزرع المبقى على النصف الأول من الأرض لها، وأما الزرع الذي على النصف الثاني من الأرض فعليها أجرة المثل أو قطعه وإزالته وله حكم القسم الأول. أما على من يرى أنها تملك النصف الثاني فلها حكم المفلس. وقد سبق بيانه.

(**وكذلك حكم من زرع في أرض يملكها ثم انتقلت إلى غيره ببيع أو غيره: يكون الزرع مبقى فيها بلا أجرة**) زرع زيد على أرضه ثم باعها لعمرو؛ فالزرع باقٍ لزيد بلا أجرة إلى أن يأتي وقت الحصاد.

وهذا فيه تفصيل:

أولًا: ملك الزرع.

ثانيًا: قطع الزرع وإبقاؤه.

❋ أولًا: ملك الزرع

أ ـ إذا اشترط المشتري لفظاً أو عرفاً أن يكون الزرع يتبع الأرض في عقد الشراء؛ فالزرع للمشتري.

ب ـ إذا اشترط البائع لفظاً أو عرفاً أن يكون الزرع له فهو له.

جـ ـ إذا لم يشترطا؛ نظر إلىٰ العرف: إذ «العادة محكمة». فإن كان العرف السائد يقضي بتبعية الزرع للأرض فهو للمشتري، وإن كان يقضي بعدم تبعية الزرع للأرض وأنه للبائع فهو له.

د ـ وإن لم يكن ثمة عرف واختلفا؛ ففيه أقوال:

الأول: للمشتري الخيار

الدليل

١ ـ قال النبي ﷺ: «**من باع نخلًا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»[١]، فخص النبي ﷺ بالذكر النخل المؤبر، أما غير المؤبر فيبقىٰ علىٰ أصله، فالتبع له حكم الأصل أنه للمشتري.

نوقش: الحديث ورد في بيع النخل لا في بيع الأرض؛ فاختلف الحكم.

أجيب: يرجع إلىٰ الأصل؛ أنه اشترىٰ كل الأرض وما علاها وما أسفلها.

٢ ـ الزرع تبع، والتبع له حكم الأصل.

نوقش: الزرع ليس تبعاً وإنما أصل نما علىٰ أصل آخر.

---

(١) رواه البخاري (٢٢٠٣).

٣ ـ لذا يرى الشافعية دخول البناء والشجر في البيع وكذا أصول بعض الزروع التي تبقى سنتين إلا ما يؤخذ دفعة واحدة كالقمح والشعير، فلا يدخل في البيع[1].

الثاني: الزرع للبائع[2]؛ وهو قول مالك وهو الراجح لأنه أصل منفصل وقد تم تفصيل حكم النماء المنفصل قبل العقد.

ثانياً: قطع الزرع وإبقاؤه

إذا كان الزرع للبائع؛ فهل يجب عليه قلعه؟ أم يجوز إبقاؤه؟ هل بأجرة أم بلا أجرة؟

١ ـ إذا اشترط المشتري لفظاً أو عرفاً قلع الزرع؛ فليس للبائع إبقاء الزرع ويعمل بالشرط.

٢ ـ إذا اشترط البائع لفظاً أو عرفاً بقاء الزرع، فليس للمشتري قلع الزرع ويعمل بالشرط.

٣ ـ إذا لم يشترطا لفظاً ولا عرفاً. **ينظر**:

هل يمكن الاتفاق على إبقاء الزرع بعقد إجارة؟ هل يمكن نقل الزرع؟ أم يتلف بنقله؟ هل يمكن قطعه بلا إفساد له، إذ ينتفع به عادة بقطعه على حاله عند بيع الأرض؟

الحالة الأولى: إذا أمكن الاتفاق على إبقاء الزرع بعقد إجارة؛ صح.

الحالة الثانية: إذا أمكن نقله بلا إفساد له وجب نقله.

---

(٢) انظر القليوبي (٢/٣٥٩)، وروضة الطالبين (٥٨٥)، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني (٤/٥٢٢ ـ ٥٢٥).

(١) التمهيد لابن عبد البر (١٣/٢٩٢ ـ ٢٩٣)، والاستذكار (١٩/٨٦ ـ ٨٧)، ومواهب الجليل (٦/٤٤٣ ـ ٤٤٤).

۞ الأدلة

١ ـ لأن بيع الأرض يقتضي تسليمها للمشتري فوراً.

٢ ـ لأنه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم.

٣ ـ القول بتأخير تسليم المنفعة للمشتري مخالف للعقد؛ فلا يصح إلا باشتراطه عرفًا أو ضمنًا أو لفظًا، ولم يُشترط، فوجب تسليم المنفعة لمشتريها.

٤ ـ إشغال ملك المشتري لصالح البائع بلا مقابل ولا عقد يعتبر فهو تعدياً؛ وقد قال النبي ﷺ: «إن أموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا»[1]. وهذا **الدليل الخامس**.

٦ ـ تأخير تسليم المنفعة لمالك العين ظلم.

٧ ـ تأخير تسليم المنفعة لمالك العين مطل.

الحالة الثالثة: إذا لم يكن نقله إلا بإتلاف له وينتفع بقطعه عادة ولكنه ينقص من قيمته ويظن البائع أن له حق إبقاء الزرع إلىٰ الحصاد؛ فللبائع الفسخ.

الحالة الرابعة: إذا لم يمكن نقله إلا بإتلاف له ويعلم البائع بالحكم وينتفع بقطعه عادة فإنه يلزم بقطعه:

١ ـ لئلا يشغل عين غيره بزرعه فيتعدىٰ عليه.

٢ ـ العادة محكمة.

الحالة الخامسة: إذا كان ينتفع بقطعه علىٰ وجه الخصوص للبائع كأن يكون صاحب شركة ينتفع بقطع الزرع قبل حصاده فيلزم بقطعه؛ إذ الأصل عنده قطعه.

---

(١) رواه البخاري (٥٥٥٠) ومسلم (١٢١٨، ١٦٧٩).

الحالة السادسة: إذا كان لا ينتفع بقطعه عادة ولا علىٰ وجه الخصوص ؛ وهما لا يعلمان بالحكم الشرعي فهما بين خيارين:

١ ـ يعطىٰ المشتري أجرة إبقاء الزرع عادة وعرفًا.

٢ ـ وإلا فإن لأيّ منهما حق الفسخ ؛ لأن الأصل أنه يملك أرضه والآخر يملك زرعه ، ولا يصح التعدي إلا بإذن مالك الأرض.

تبين مما سبق أن المبقى في أرض انتقل ملكها لغيره لا بد له من إذن: إما بإذن لفظي أو ضمني أو عرفي أو شرعي ؛ وليس علىٰ إطلاقه في أي مبيع وفي أي زرع.

فلا يدخل تحت هذا القسم وهو أنه ينتقل ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزرع ، بل ملك الأرض مع منفعتها المشغولة بالزرع ينتقلان إلىٰ المشتري ، إلا إذا ثبت فيه الإذن اللفظي أو الضمني أو العرفي أو الشرعي.

(والنوع الثاني: أن تنتقل الأرض بجميع منافعها عن ملك الأول إلىٰ غيره) أي يملك الأرض ويملك منافعها ، فلا يكون لغيره حق في الانتفاع بها إلا بإذنه.

(ومن أمثلة ذلك الوقف) رجل وقف أرضًا علىٰ أولاد زيد ، فإذا هلكوا فهي وقف علىٰ أحفاده.

(إذا زرع فيه أهل البطن الأول أو من أجَّروه) زرع أولاد زيد أرض الوقف ، أو أجَّروها فزرع المستأجر تلك الأرض.

(ثم انتقل إلىٰ البطن الثاني والزرع قائم) مات أولاد زيد ولم يبق منهم أحد وزرع المستأجر قائم. فسواء قيل بفسخ عقد الإجارة أو بعدم فسخه ، فمنفعة الأرض لمالكها الجديد ، ولا تبقىٰ مشغولة بمنفعة صاحب الزرع بلا أجرة.

فإن قيل بالفسخ؛ دل بأن منفعتها للمالك الجديد، وبقاء الزرع فيها إلىٰ حين الحصاد يوجب دفع الأجرة للمالك ولكن بعقد جديد وأجرة جديدة يتفق عليها.

وإن قيل بعدم الفسخ؛ فعليه الأجرة السابقة لمالك الأرض.

وتوضيح ذلك كالآتي:

وقف أرضًا لأولاده. فإذا هلكوا فهي لأولادهم، فإذا هلكوا فهي لأولاد أولادهم. فجعلها علىٰ البطن الأول ثم الثاني ثم الثالث، فأجرها البطن الأول لزراع. فإذا استأجرها مدة عشر سنين وزرعها، وبعد خمس سنوات هلك البطن الأول كله، فانتقلت إلىٰ البطن الثاني وزرع المستأجر قائم؛ فهل إجارة البطن الأول تنفسخ أم لا؟ اختلف العلماء في هذا علىٰ أقوال:

القول الأول: أن الإجارة لا تنفسخ وتستمر بالأجرة السابقة للبطن الثاني، فالزرع مبقىٰ للمستأجر.

واستدلوا لذلك:

١ ـ بأن الواقف وقفها علىٰ البطن الأول ثم البطن الثاني وعيَّن عليها ناظراً، والناظر وكيل الوقف وهو الذي اتفق، فانتقلت إلىٰ البطن الثاني وما زال الوكيل موجودًا، فهم ينتفعون بالأجرة لكن الوكيل هو الذي يؤجر، فسواء مات البطن الأول وجاء البطن الثاني فإن الناظر علىٰ الوقف موجود، فالإجارة مستمرة فلا تنفسخ.

٢ ـ قياساً علىٰ ولي الأمر إذا تعاقد مع جهة فيجري التعاقد علىٰ من يخلفه ولا ينفسخ العقد. كعقد النبي ﷺ مع يهود خيبر في أرض خيبر فانتقلت إلىٰ الخلفاء من بعده.

القول الثاني: أن الإجارة تنفسخ. قال المؤلف: وهو المذهب الصحيح، فهو كزرع المستأجر بعد انقضاء المدة إذا كان بقاؤه بغير تفريط من المستأجر فيبقىٰ بالأجرة إلىٰ أوان أخذه ولكن بأجرة المثل.

والراجح والله أعلم: أن الواقف إذا وكل الأمر إلىٰ الناظر لا إلىٰ الموقوف عليهم فالإجارة لا تنفسخ، وإذا وكل الوقف إلىٰ الموقوف عليهم فالإجارة تنفسخ ولكن الزرع محترم وله أجر المثل لا الأجرة السابقة.

إذن في كلا الحالتين سواء انفسخت الإجارة أم لم تنفسخ فالبطن الثاني منتفعون بهذه الأرض، فهذا دخل في النوع الثاني أن تنتقل الأرض بجميع منافعها عن ملك الأول إلىٰ غيره.

وإذا كان كذلك فالراجح والله أعلم أن المالك السابق إذا لم يقطعه فإن المالك الجديد مخير بين إبقاء العقد السابق أو قطعه لصالح المالك الأول أو تملكه بقيمته أو بالمشاركة.

(القسم السادس: احتمل السيل بذر إنسان إلىٰ أرض غيره فنبت فيها، فهل يلحق بزرع الغاصب لانتفاء الإذن من المالك فيتملكه بالقيمة) رجل يملك أرضاً فأتىٰ عليها سيل يحمل معه بذوراً زراعية لآخر غالية الثمن فأنبتت زرعاً دون إذن مالك الأرض؛ فهل يعتبر هذا الزرع كزرع الغاصب وله حكمه لانتفاء إذن مالك الأرض؟ أم له حكم مستعير الأرض فانتهت مدة الإعارة؟ أم له حكم المستأجر فانتهت مدة الإجارة قبل الحصاد؟

(فهل يلحق بزرع الغاصب لانتفاء الإذن من المالك؛ فيتملكه بالقيمة؟)

* **أولاً**: هل يلحق بالغاصب؟ الغاصب متعد ويستحق العقوبة والتعزير، بينما

الذي احتمله السيل لم يتعمد فلا يستحق عقوبة ولا تعزيرًا ؛ فكيف يلحق به ؟ لا يصح القياس عليه ، فهو قياس فاسد.

ثانياً: هل يتملكه بقيمة البذر ؟ أم يتملكه بقيمة الزرع ؟

(أو زرع المستعير) هل يلحق بزرع المستعير ؟

استعار أرضًا فزرع فيها فانتهت مدة الإعارة والزرع قائم. فالمستعير قد أذن له المالك بزرعها ، بينما في المسألة: البذر الذي احتمله السيل لم يأذن المالك بزراعته ؟ فكيف يلحق به ؟ فلا يصح القياس عليه ، فهو قياس فاسد.

(أو المستأجر بعد انقضاء المدة لانتفاء العدوان من صاحب البذر)

استأجر أرضًا فزرعها ثم انقضت المدة والزرع باق بلا عدوان. والمستأجر قد أذن له ابتداءً ثم لظرف ما لم يقطع الزرع لما يلحقه من فساد ؛ فكيف يقاس عليه من زُرِع في أرضه دون إذنه ؟ فالقياس فاسد.

فالأرجح ـ والله أعلم ـ ما ذكره المؤلف في الأصل عن أحمد أنه كالمشتري من الغاصب وهو لا يعلم ، وهو القسم الرابع. إذ زرع في أرض دون إذن صاحبها وهو معذور. فهذا القسم ـ كما سبق بيانه ـ أن مالك الأرض بالخيار بين:

١ ـ القبول بالمزارعة.

٢ ـ أو بإجارة الأرض لصاحب البذر.

٣ ـ أو يتملك البذر بالقيمة.

(القسم السابع: من زرع في أرض غيره بإذن غير لازم كالإعارة ثم رجع المالك ، فالزرع مبقىٰ لمن زرعه إلىٰ أوان حصده بغير خلاف)

أولًا: العارية عقد غير لازم للمعير، يمكن للمعير أن يرجع في عاريته متىٰ شاء.

ثانيًا: إلا إذا لحق الضرر بالمستعير لم يجز للمعير الرجوع؛ وهو قول الحنابلة والمالكية(١).

ثالثًا: الأدلة

١ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾(٢)، إذ أذن له بزرعها فيجب عليه الوفاء.

٢ ـ لقول النبي ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**»(٣)، فلو رجع المعير في الإعارة سيتضرر المستعير.

٣ ـ القاعدة: «الضرر يزال». فيجب أن يزال الضرر عن المستعير.

رابعًا: هذا الإذن صحيح، لكن القاعدة «التاسعة والسبعين» مختصة بغير إذن صحيح. ولذا لو تراجع مالك الأرض فالزرع مبقىٰ لمن زرعه إلىٰ أوان حصده بغير خلاف لأنه كان بإذن صحيح.

(القسم الثامن: من زرع في ملكه الذي منع التصرف فيه لحق غيره)

أولًا: المالك للعين له عدة أحوال مع منفعة العين:

الحالة الأولىٰ: له حق التصرف في منفعتها لملكه إياها، وهو الأصل.

الحالة الثانية: هو يملك العين، بينما ملّك منفعتها لغيره، كعقد **الإجارة**، فهو لا يملك منفعتها بل المستأجر هو الذي يملك المنفعة.

---

(٢) الموسوعة (٥/١٨٤ ـ ١٨٥).

(٣) [المائدة: ١].

(١) رواه أحمد (٥/٣٢٦ ـ ٣٢٧) وحسنه النووي والعلائي وصححه الألباني في الإرواء (٨٩٦).

الحالة الثالثة: يملك العين، ولا يملك التصرف في منفعتها، وإنما جعلت منفعتها تحت ولاية غيره بشروطها، **كالرهن**.

مثال: اشتريت عمارة بمليون دينار على أن أنقدك شهريًا عشرة آلاف دينار، ففي السنة أنقدك مائة وعشرين ألفًا، فخلال ثمان سنوات ونصف تقريبًا أكون قد سددت المبلغ. ولكن البائع طلب مني رهنًا فأعطيته رهنًا وهي أرض أملكها. الآن لا يحق لي أن أتصرف في هذا الرهن خلال فترة الرهن، فالأرض ليست تحت ولايتي، فأنا أملك المنفعة لكن في الوقت الحالي لا يحق لي أن أتصرف بالمنفعة لأنها تحت ولاية غيري.

ثانيًا: في الحالة الثانية والثالثة لا يجوز له التصرف في منفعتها لحق غيره.

(كالراهن والمؤجر) سبق بيانه.

ثالثًا: ذكر المؤلف الشرط الأول لقلع الزرع وهو: أن يكون الزارع في أرضه ممنوعًا من التصرف فيها لحق غيره.

(وكان ذلك يضر بالمستأجر والمرتهن لتنقيصه قيمة الأرض عند حلول الدين) وهذا الشرط الثاني لقلع الغرس؛ أن يكون الزرع مضرًا بالمستأجر، أو يكون مضرًا بالمرتهن لأنه ينقص من قيمة الأرض عند حلول الدين. فربما لا يجد المدين وفاءً فيستوفى الدين من ثمن الأرض. فإذا كان الزرع ينقص من قيمة الأرض لم يستطع المرتهن أن يستوفي حقه من الدين.

(فهو كزرع الغاصب) فهو كزرع الغاصب؛ لأمور:

* **أولًا**: لأنه لا حق له في الانتفاع بالأرض، بل هي حق لغيره وهو المستأجر أو المرتهن، فهو كزرع الغاصب. فبزراعته لها متعمدًا دون إذن المرتهن أو المستأجر

يكون قد تعدىٰ علىٰ حق غيره، فهو غاصب لها، لذا فهو كزرع الغاصب، فحكمه حكم الغاصب، وقد سبق بيانه في القسم الأول من هذه القاعدة.

❋ **ثانيًا**: لا يجوز له أن يزرعها لما يلي:

١ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[١]: ومن العقد بينهما أن المالك لا يتصرف في منفعة ملكه مؤقتاً.

٢ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ﴾[٢]، فالله ﷻ حرم الإضرار بالطرف الآخر. فهو بزراعته للأرض قد أضر بالطرف الآخر.

٣ ـ وقال سبحانه: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾[٣]. فدلت الأدلة علىٰ عدم جواز الإضرار بالآخرين.

٤ ـ قال النبي ﷺ: «**لا ضرر ولا ضرار**».

٥ ـ القاعدة الفقهية: الضرر يزال.

٦ ـ نهىٰ النبي ﷺ: **عن بيع ما لا يملك فقال** ﷺ: «**لا تبع ما ليس عندك**»[٤] أي ما لا تملك التصرف فيه.

٧ ـ قال النبي ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا**»[٥]، فهو تعدىٰ علىٰ حق المرتهن وحق

---

(٢) [المائدة: ١].
(٣) [النساء: ١٢].
(٤) [البقرة: ٢٣٣].
(٥) رواه أبو داود (٣٥٠٣) وصححه الألباني في الإرواء (١٢٩٢).
(٦) رواه البخاري (٥٥٥٠)، ومسلم (١٦٧٩).

المستأجر في تنقصيه قيمة الأرض وفي استيفاء حقه.

٨ ـ لا يملك التصرف في المنفعة ؛ فهو متعدٍّ ، فالمستأجر هو الذي يملك التصرف فيها ، والمرتهن هو الولي عليها ، فلا يجوز للراهن التصرف في منفعتها.

٩ ـ الرهن: ما هو إلا حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه[١] ، فهو محبوس عند المرتهن حتىٰ يأخذ حقه منه ، فالراهن لم يلتزم بالعقد الذي بينهما بالحبس بل زرعه تصرف فيه وتعدٍ.

(وكذا غراسه وبناؤه) كذا حكم غراس من غرس في ملكه الذي منع من التصرف فيه لحق غيره.

(فيقلع الجميع) يقلع لأن مالك الأرض هو الزارع [ولا يحق له التصرف فيها] ، والمتعلق حقه بها [وهو المرتهن أو المستأجر] لا يحق له تملك الزرع [لأنه لم يزرعه وغيره هو الذي زرعه] ، ولعدم ملكه للأرض فيتعين القلع.

قال ابن رجب: «فيه نظر» بل حكمه كحكم الغاصب. وقد سبق بيانه في القسم الأول ، وذلك لما يأتي من الأدلة:

أما الرهن:

١ ـ فلا يجوز إتلاف المال وإفساده مع إمكانية الانتفاع به.

٢ ـ يمكن أن يستفاد منه في تحقيق علة الرهن ، وهو أن يجعل الزرع رهنًا مع الأرض.

٣ ـ إذا كانت الزراعة تنقص من قيمة الأرض ، فإن النقص ينجبر برهن الزرع.

---

(١) أنيس الفقهاء (٢٨٩) ، والتعريفات للجرجاني (١١٦).

٤ ـ يمكن الأخذ من الراهن ما نقص من قيمة الأرض بسبب الزرع، ويجعل رهنًا.

٥ ـ يمكن أن يؤخذ من الراهن أجرة المثل وتجعل رهنًا.

أما المستأجر:

١ ـ فلا يجوز إتلاف المال مع إمكانية الانتفاع به بما لا يخل بحاجة المستأجر من عقد الإجارة.

٢ ـ يخير المستأجر بين أن يتملك الزرع بأجرة المثل للزارع ونفقته للبذر أو يتملك الزرع بقيمة المثل للزرع أو بالمضاربة. إلا إذا كان المستأجر يريد أن ينتفع بالأرض في غير الزراعة، أو بزراعة محصول آخر غير المزروع، ولم يحن بعدُ حصاد الزرع، فيزيل هذا الزرع ثم يزرع المحصول الذي أراده. وكذا لو أراد البناء.

۞ **المُلَخَّص: الزرع النابت في أرض الغير بغير إذن صحيح فلصاحب الأرض الخيار في تملكه بنفقته أو بقيمته أو بالمشاركة أو بأجرة العامل أو إزالته إذا تضرر بوجوده إلا إذا كانا لا يعلمان بفساد العقد بينهما أو يظن الزارع أن له ولاية العقد ثم تبين خلافه فيترتب عليه مقتضىٰ العقد بينهما. أو زرعه بملك صحيح غير مستقر للعين أو المنفعة ثم ارتفع الملك فعليه قطعه أو بإذن صحيح ثم ارتفع الإذن فله إبقاؤه إلىٰ أوان حصاده.**

❑ ❑ ❑

القاعدة الثمانون

ما يتكرر حمله من أصول البقول والخضروات؛ هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر؟

- **إذا كان ما يتباقى سنين**
  - كالقطن الحجازي
  - له حكم الشجر
  - **إذا كان بيعها لأجل أن تزرع ويقطع زرعها** — لها حكم الثمر بعد بدو الصلاح
  - **إذا كانت مزروعة وبيع حملها** — لها حكم الثمر بعد بدو الصلاح
  - **إذا بيعت الأرض وفيها الأصول** — تتبع الأرض

- **إذا كان ما لا يتباقى إلا سنة أو أقل**
  - مثل الطماطم
  - له حكم الشجر
  - **إذا كان بيعها لأجل أن تزرع ويقطع زرعها** — لها حكم الثمر بعد بدو الصلاح
  - **إذا كانت مزروعة وبيع حملها** — لها حكم الثمر بعد بدو الصلاح
  - **إذا بيعت الأرض وفيها الأصول** — تتبع الأرض

۞ المَتْن

القاعدة الثمانون

ما يتكرر حمله من أصول البقول والخضروات ؛ هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر ؟ فيه وجهان.

۞ الشَّرح

(ما يتكرر حمله من أصول البقول والخضروات ؛ هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر ؟) المقصود بالزرع هو النبات الذي يحمل الحبوب ؛ كالقمح والشعير.

وأما الشجر فهو شجر الثمر المعروف ؛ كشجر البرتقال والنخل الزيتون الرمان العنب.

والبقول مثل الفول والعدس والخيار والبطيخ الباذنجان.

والخضروات هي: الأوراق ؛ كالبقدونس والجرجير.

فهل البقول والخضروات تدخل في حكم الزروع ؛ القمح والشعير ؟ أم في حكم الأشجار ؟

لا بد من معرفة بعض الأمور:

❊ **أولًا**: أنواع زراعة النباتات

يمكن تقسيم النبات إلىٰ خمسة أنواع:

١ ـ أصول الأشجار: أصل شجر النخل وأصل شجر التفاح وغيرها والحمضيات.

٢ ـ فروخ الأشجار: وهي الصنوان ؛ تنبت ملاصقة للشجرة الأم كفروخ النخل ﴿وَنَخِيلٌ صِنْوَانٌ وَغَيْرُ صِنْوَانٍ﴾(١). فيمكن عزلها وبيعها وغرسها لتنبت شجرة جديدة.

---

(١) [الرعد: ٤].

٣ ـ أغصان الأشجار: كأغصان اللوزيات منها الخوخ والمشمش والكوج [قاراسيا]، وغيرها؛ يمكن أخذ الغصن وغرسه لينبت شجرة جديدة.

٤ ـ البذور: سواءً بذور الخضروات كالخيار والطماطم والأوراق، وبذور الثمار منها ما تأخذ زمنًا طويلًا كبذور النخل والحمضيات.

٥ ـ شتلات الخضروات والبقول والمقاثي؛ وهي البذور بعد زراعتها تخرج لها عروق وربما أوراق، وغالبًا ما تنبت وتخرج نتاجها.

* **ثانيًا**: أقسام أصول الخضروات والبقول من حيث البقاء.

١ ـ منها ما يتباقىٰ سنين؛ كالقطن الحجازي.

٢ ـ منها ما لا يتباقىٰ إلا سنة أو نحوها؛ وهذا هو الأكثر، فيثمر في أقل من سنة، فتبقىٰ أربعة أشهر أو خمسة أشهر وهكذا، مثل الطماطم تظل أربعة أشهر تثمر ثم تنتهي.

* **ثالثًا**: كيفية معرفة صلاح البقول وثمار المقاثي والخضروات.

يمكن معرفة صلاح ثمار الشجر ببدو صلاح بعضه، فيجوز بيع الثمر بعد بدو الصلاح.

أما المقاثي والبقول فيعرف صلاحها برؤية ورق هذه المدفونات؛ قال ابن تيمية: إن أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق هذه المدفونات علىٰ حقيقتها ويعلمون ذلك أجود مما يعلمون العبد برؤية وجهه، والمرجع في كل شيء إلىٰ الصالحين من أهل الخبرة به، وهم يقرون بأنهم يعرفون هذه الأشياء كما يعرف غيرها مما اتفق المسلمون علىٰ جواز بيعه وأولىٰ(١).

(١) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٣٦).

وكذا يعرف صلاح معدومها الذي لم ينبت بصلاح الثمار التي نبتت.

❊ **رابعاً**: الفرق بين بيع الزرع والشجر.

لا يجوز بيع الحبوب إلا إذا اشتد، ولا يجوز بيع الثمر إلا إذا بدا صلاحه، وبصلاح بعضه علامة على بدو صلاحه.

❊ **خامساً**: ما حكم ما يتكرر حمله من أصول البقول والخضروات؛ هل هو ملحق بالزرع أو بالشجر؟ للعلماء فيها قولان:

الأول: البقول والخضروات لها حكم الزرع.

الثاني: لها حكم الشجر.

القول الأول: لها حكم الزرع، فلا تباع قبل بدو الصلاح. ولا تباع إلا لقطة لقطة أو جزة جزة. فما بدا صلاحه بيع، وما لم يبد صلاحه لا يباع إلا أن يباع مع أصله؛ وهو المشهور من المذهب.

الدليل

١ ـ نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها[١].

وجه الدلالة: هذا صريح في النهي عن البيع قبل بدو الصلاح؛ هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن علة النهي هو احتمال تلفه أو أن تصيبه عاهة وهذا متحقق في البقول والخضروات.

نوقش:

يجوز بالاتفاق بيع ثمر الشجرة إذا بدا صلاح بعضها وإن كان فيها لم يصلح[٢].

---

(٢) رواه البخاري (٢١٩٤) ومسلم (١٥٣٤).

(١) انظر مجموع الفتاوى (٣٧/٢٩) الفتاوى الكبرى (٢٢/٤ ـ ٢٥).

فما يجاب به عن الحديث فيما يتعلق بالشجر يجاب به فيما يتعلق بالخضروات والبقول.

٢ ـ نهي النبي عن بيع الغرر[١].

وجه الدلالة: فالذي لم يبد صلاحه ولم يخلق من البقول والخضروات بيع غرر فيشمله النهي.

نوقش:

أ ـ لا يسلم أنه غرر لجواز بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا صلاحه.

ب ـ العرف يشهد أنه ليس غرراً كالثمر المتلاحق الذي بدا صلاح بعضه ولم يبد صلاح بعضه الآخر[٢].

القول الثاني: له حكم الشجر والثمر فيجوز بيع الجميع وإن لم يبد صلاح بعضه؛ وهو قول ثان في مذهب أحمد واختاره ابن تيمية[٣] وابن القيم[٤].

الدليل

١ ـ القياس على جواز بيع جميع ثمر الشجر إذا بدا صلاح بعضه وإن لم يبد صلاح البقية. فقد اتفق العلماء على ذلك[٥].

فالعلة واحدة في البقوليات إذ يتلاحق صلاحها في وقت قريب ويشق بيع بعضه

(٢) رواه مسلم (١٥١٣).

(٣) انظر أعلام الموقعين (٤١٥/٣) الزاد (٨٠٨/٥).

(٤) المجموع (٤٨٤/٢٩ ـ ٤٨٥، ٣٣ ـ ٣٥، ٣٩، ٨٢).

(٥) زاد المعاد (٨٠٨/٥) الأعلام (٣١١/١) (١٠/٢) (٤١٤/٣).

(٦) مجموع الفتاوى (٣٧/٢٩).

دون بعض.

٢ ـ القياس على جواز بيع الثمر إذا بدا الصلاح في الجنس[١]. فالتفريق بين البقوليات والثمر تفريق بين متماثلين.

٣ ـ الحاجة الماسة لذلك، بل ربما تصل إلى المشقة في المنع منه. وفي القاعدة: «المشقة تجلب التيسير» و«الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة». إذ الحاجة داعية إلى ذلك، إذ بيعها لقطة لقطة متعذر أو متعسر، فيحصل على أصحابه ضرر عظيم، وإذا قلع فسد بالقلع.

٤ ـ القياس على منافع الإجارة بالرغم أنها معدومة وجاز العقد عليها، فليس كل معدوم منهياً عنه[٢]، وإنما ينظر إلى أصوله وعلاماته. فإذا وجدت أصول البقوليات والخضروات ودلالات ما يخرج منها صح بيعها، فإذا تلفت كان حكمها كحكم الجوائح.

وهو هو الراجح والله أعلم أن لها حكم الشجر.

❊ **سادساً**: البقول والخضروات ولها حالتان:

الحالة الأولى: إن كان ما يتباقى سنين.

١ ـ فإن كان بيعها لأجل أن تزرع ويؤخذ زرعها فلها حكم الشجر، لذا قال ابن رجب: إن ألحقناها بالشجر لتكرر حملها جاز، وبه قال القاضي، وابن عقيل فيما يتباقى سنين.

٢ ـ وإذا بيعت الأرض وفيها هذه الأصول فحكمها حكم الشجر في تبعية

(٢) انظر الزاد (٥/٨٠٩).
(١) انظر الزاد (٥/٨١٠).

الأرض؛ وهو قول ابن عقيل.

٣ ـ وإذا غصب أرضًا فزرع فيها ما يتكرر حمله؛ سبق الكلام في القاعدة التاسعة والسبعين حكم زرع الغاصب وكذا غرسه، وأنهما سواءً في الشجر والزرع. وكذا يقال فيما يتكرر حمله من البقوليات والخضروات: أن لمالك الأرض الخيار بين المزارعة، أو قيمة الزرع بثمن المثل، أو قيمة البذر وأجرة العامل بثمن المثل. أما الغاصب فيعزر ويعاقب من قبل الحاكم بحرمان ما سبق، وما يراه الحاكم عقوبة.

الحالة الثانية: وإن كان ما لا يتباقىٰ إلا سنة أو أقل.

١ ـ إن كان بيعها لأجل أن تزرع ويقطع زرعها، فلها حكم الثمر بعد بدو الصلاح.

٢ ـ لو اشترىٰ لقطة ظاهرة من هذه الأصول فتلفت بجائحة قبل القطع: إذا نضجت ومكنه من قبضها فلم يقبضها كانت من ضمان المشتري. وإذا لم يمكنه من قبضها لعدم نضجها أو لغير ذلك فهي من ضمان البائع فهي كالثمرة؛ فالعلة في حديث وضع الجوائح متحققة؛ إذ قال النبي ﷺ في الجائحة: «**بم تأخذ مال أخيك بغير حق**»(١)، فيرد البائع المال إلىٰ المشتري.

٣ ـ وإن كانت مزروعة وبيع حملُها، فلحملها حكم الثمر بعد بدو صلاحه؛ وهو قول ابن تيمية وابن القيم.

٤ ـ وإذا بيعت الأرض وفيها هذه الأصول، ففيها ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنها تتبع الأرض؛ لأن تبقيتها في الأرض معتاد، ولا يقصد نقلها وتحويلها.

---

(١) رواه مسلم (١٥٥٤) ونحوه (١٥٥٥).

القول الثاني: أنها لا تتبع الأرض، كالزرع.

فالراجح: أنها تتبع الأرض والله أعلم. فإذا اشترىٰ أرضًا وفيها ثمار وأشجار فله كل ما فيها، حتىٰ مع وجود الثمر بعد بدو الصلاح، فقد اشترىٰ الأرض بكل ما فيها فيدخل الثمر بعد بدو الصلاح في شراء هذه الأرض. لكن إذا اشترىٰ الشجرة فالبائع أولىٰ بالثمر المؤبر، أما إذا اشترىٰ الأرض بما فيها فيدخل فيها كل شيء. قالوا: كذلك لو اشترىٰ الأرض وفيها هذه الأصول التي تبقىٰ أقل من سنة فتكون تبعاً لها؛ لأنه كما قال: تبقيتها في الأرض معتاد ولا يقصد نقلها وتحويلها فهي كالمنبوذات، فلا اعتبار لها ولا قيمة لها فهي تبع للأرض.

٥ ـ إذا غصب أرضًا فزرع ما يتكرر حمله فقد سبق الكلام في القاعدة التاسعة والسبعين حكم زرع الغاصب وأنه سواءً في الشجر والزرع. وكذا يقال فيما يتكرر حمله من البقوليات والخضروات؛ فالحكم واحد ما بين مزارعة أو أجرة المثل أو قيمة الزروع أو قيمة البذور ونفقة عمله.

* **سابعاً**: الزرع كالشجر

١ ـ إذا باع الأرض وفيها شجر: فالأرض للمشتري والشجر للبائع، فكذلك الزرع.

٢ ـ إذا اشترط المشتري دخول الشجر في بيع الأرض فله ذلك، وكذلك الزرع.

٣ ـ إذا عم البائع بيع الأرض بما فيها فالشجر للمشتري، وكذا الزرع.

٤ ـ إذا باع الشجر وفيه ثمر مؤبر فالثمرة للبائع، وكذلك إذا باع الزرع الذي لا يحصد إلا مرة في العام وفيه حبوب أو ثمرته مستترة كالجزر والفجل والبصل فالثمرة للبائع، أو الزرع الذي يجز مرة بعد أخرىٰ فالجزة الظاهرة للبائع، وكذا مما تتكرر ثمرته كالخيار والباذنجان فالثمرة الظاهرة للبائع، وكذا ما تفتحت

زهرته فهي للبائع[١].

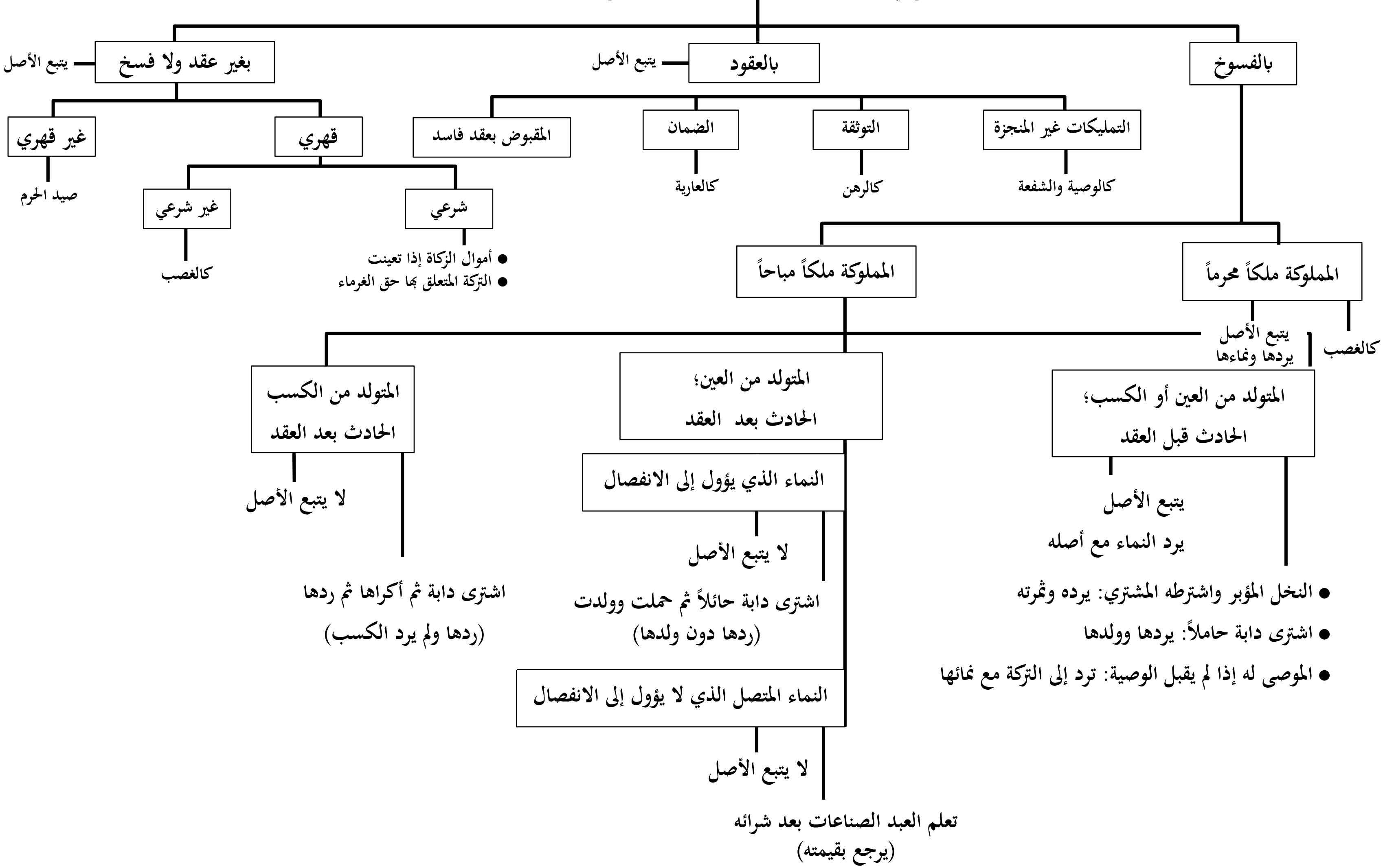
۞ المُلَخَّص: ما يتكرر حمله من أصول البقول والخضروات فهو ملحق بالشجر والثمر.

❑ ❑ ❑

(١) انظر المغني (٤/٩٧ ـ ١٩٨).

القاعدة الحادية والثمانين

النماء المتصل في الأعيان المملوكة العائدة إلى من انتقل الملك عنه



❁ المَتْن

القاعدة الحادية والثمانون

النماء المتصل في الأعيان المملوكة العائدة إلىٰ من انتقل الملك عنه بالفسوخ يتبع الأعيان علىٰ ظاهر المذهب عند أصحابنا، والمنصوص: عن أحمد أنه لا يتبع.

ويتخرَّج علىٰ ذلك مسائل: منها المردود بالعيب، والمبيع إذا أفلس مشتريه قبل نقد الثمن ووجده قد نما نماءً متصلًا.

وأما العقود فيتبع فيها النماء الموجود حين ثبوت الملك بالقَبول أو غيره، وإن لم يكن موجودًا حين الإيجاب أو ما يقوم مقامه.

فمن ذلك: الموصىٰ به إذا نما نماءً متصلًا بعد الموت وقبل القَبول فإنه يتبع العين إذا احتمله الثلث.

وأما عقود الضمان فتتبع في الغصب، وفي الصيد الذي في يد المحرم.

وفي نماء المقبوض بعقد فاسد وجهان.

❁ الشَّرْح

(النماء المتصل في الأعيان المملوكة العائدة إلىٰ من انتقل الملك عنه بالفسوخ يتبع الأعيان علىٰ ظاهر المذهب عند أصحابنا، والمنصوص: عن أحمد أنه لا يتبع) هذه المسألة لها حالات:

الحالة الأولىٰ: النماء المتولد من العين أو الكسب؛ الحادث قبل العقد. فهذا النماء حادث قبل تملك المشتري له ثم اشتراها ونماؤها فيها، فحكمها حكم

الأصل، فإذا رد العين رد معه النماء؛ سواءً كان متصلاً يقبل الانفصال كالشجر المؤبر والجنين واللبن أم لا يقبل الانفصال كتعلم المهارات للعبد والخيل وزيادة ثمن العين وتسمين الدابة.

صورته:

من أبر ثمرًا قبل البيع ثم باع الشجر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المشتري. فلو اشترطها المشتري ثم ظهر فيه عيب ثم رده بعد جني الثمرة رده مع ثمره؛ لأن التأبير وقع قبل عقد البيع، فله حكم الأصل.

من اشترىٰ دابة حاملًا مع جنينها، فلو ردها بعد ولادتها لظهور عيب فيها ردها وولدها، لأن الحمل بدأ وَتكَوَّن الجنين قبل عقد البيع؛ فله حكم الأصل.

الماشية الحامل لما بلغت النصاب ثم ولدت قبل حولان الحول فلها حكم أمهاتها، لأن الحمل واقع مع بدء الحول أو أثناء الحول؛ فهو متخلّق فيها من أول الحول أو قبل تمام الحول، فلما حل وجوب الأداء باكتمال الشرط بحولان الحول تم الحول بوجود الأولاد، فالتبع له حكم الأصل فوجب أداء زكاة الأصل وما نمىٰ منه قبل استتمام وجوب الأداء.

من التقط لقطة شاة حاملًا، ثم ولدت عنده ثم أتىٰ مالكها أخذ الشاة وولدها.

أقوال العلماء

قال شيخ الإسلام ابن تيمية في حديث المصراة: «**لا تصروا الإيل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاع تمر**»[1]: وهنا كان اللبن موجودًا في الضرع فصار جزءًا من المبيع، ولم

(٢) رواه البخاري (٢١٤٨)، ومسلم (١٥١٥).

يجعل الصاع عوضًا عما حدث بعد العقد بل عوضًا عن اللبن الموجود في الضرع وقت العقد[١].

وقال: المشتري لم يضمن اللبن الحادث على ملكه، ولكن ضمن ما في الضرع، فإنه لما اشترى المصراة وفيها لبن تلف عنده كان عليه ضمانه[٢].

قال ابن القيم: وأما اللبن هاهنا فإنه كان موجودًا حال العقد، فهو جزء من المعقود عليه، والشارع لم يجعل الصاع عوضًا عن اللبن الحادث، وإنما هو عوض عن اللبن الموجود وقت العقد في الضرع، فضمانه هو محض العدل والقياس[٣].

قال ابن حجر: فالمشتري لم يؤمر بغرامة ما حدث في ملكه، بل بغرامة اللبن الذي ورد عليه العقد ولم يدخل في العقد[٤].

قال ابن قدامة[٥]: إن اشترى حاملًا فولدت عنده في مدة الخيار ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها؛ لأنه مبيع حدثت فيه بزيادة متصلة فلزمه رده بزيادته.

۞ الأدلة

١ ـ عن ابن عمر رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من ابتاع نخلًا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[٦].

وجه الاستدلال: أن النماء للمتفرع عن الأصل كان موجودًا قبل العقد فَتَبِع

---

(٢) مجموع الفتاوىٰ (٢٠/٥٥٧ ـ ٥٥٨).

(٣) مجموع الفتاوىٰ (٤/٥٣٨).

(٤) أعلام الموقعين (٢/٣٩).

(٥) فتح الباري (٤/٣٦٥).

(٦) المغني (٤/٣٩ ـ ٤٢).

(٧) رواه البخاري (٢٣٧٩)، ومسلم (١٥٤٣).

الأصل، إذ المبتاع إذا اشترط الثمر المؤبر فقد اشترط ثمرًا لم يبد صلاحه، وإنما جاز بيعه تبعًا لغيره[١]. فإذا رد النخل رد معه ثمرته التي بدأ تكونها عند البائع وصلحت عند المشتري.

٢ ـ روى المطلب عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: «**صيد البر لكم حلال وأنتم حرم ما لم تصيدوه أو يصد لكم**»[٢].

٣ ـ حديث أبي قتادة: أنه انطلق مع النبي ﷺ عام الحديبية وكانوا محرمين بينما كان أبو قتادة حلالًا، فاصطاد حمارًا وحشيًا، فسأل النبيُّ ﷺ المحرمين **إن كان أحدٌ منهم أعانه**؟ فلما لم يكن كذلك أذن النبي ﷺ للمحرمين الأكل من صيده.

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ حرم أكل الصيد على المحرم إذا صاده أو صيد له، وأباحه له إذا لم يصد له[٣]؛ لأنه يكون تبعًا لا أصلًا[٤]. لأنه عند الصيد لم تكن النية للمحرم وإنما لغير المحرم. وكذا هنا لما كان متولداً عن الأصل وهو في يد المالك الأول كان تبعاً له، فله حكم الأصل. فإذا رد الأصل رد معه تابعه.

٤ ـ حديث المصراة: قال ﷺ: «**لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاعًا من تمر**»[٥].

---

(٢) القواعد والضوابط للحصين (٩/٢).

(٣) رواه أبو داود (١٨٥١) والترمذي (٨٤٦) وصححه ابن خزيمة (٢٦٤١) وابن حبان (٣٩٧١/٩) والحاكم (٤٥٢/١، ٤٧٢) وضعفه الألباني، المطلب لم يسمع من جابر، وفيه عمرو ابن أبي عمرو؛ قال ابن التركماني: مع اضطرابه في هذا الحديث فهو متكلم فيه (١٩٠/٥ ـ ١٩١)، وقال ابن حزم (٢٥٣/٧): خبر ساقط.

(٤) بيان الدليل (٩٦).

(٥) القواعد للحصين (٩/٢)، بيان الدليل (٩٧).

(٦) رواه البخاري (٢١٤٨)، ومسلم (١٥١٥).

وجه الاستدلال: أن النماء وهو اللبن تولد من الدابة قبل تمام صفقة البيع، فلما اشتراها وانتفع بلبنها وظهر عيبها وأراد ردها وجب عليه ردها مع لبنها وهو النماء الذي كان موجودًا ومتولدًا قبل بيعه، فلما تعذر عليه رد اللبن ردها وقيمة اللبن.

٥ ـ القاعدة الفقهية: «التبع له حكم الأصل». التبع لا يستقل بالحكم وإنما حكمه حكم العين، فنماء العين تبع للعين.

الحالة الثانية(١): النماء المتولد من العين؛ الحادث بعد العقد؛ بعد تملك المشتري له؛ فحكمه الاستقلال عن عين الأصل(٢).

وهو نوعان:

الأول المنفصل: كاللبن الحادث بعد الشراء، والحمل والولادة الحادثة بعد الشراء.

الثاني المتصل: كتعلم المهارات والصناعة للعبد أو الدابة.

الأول: صور للمنفصل

اشترىٰ دابة ثم حملت عنده بعد العقد وولدت ثم ظهر فيها عيب، ردها ولم يرد ولدها معها؛ لأن الحمل بدأ بعد الإتمام الظاهري للبيع، فحكم الولد الاستقلال عن عين الأصل.

التقط شاة، وبعد تمام التعريف عامًا تملكها ثم حملت، وبعد ولادتها جاء مالكها؛ ردها ولم يرد ولدها؛ لأن الحمل وقع بعد تملكه لها بعد الالتقاط، فحكم

---

(٢) المغني (٦/٢٢٦ ـ ٢٢٧)، وبدائع الصنائع (٥/٢٨٤ ـ ٢٨٦)، المقدمات لابن رشد (٢/١٠٢ ـ ١٠٣)، قواعد ابن رجب (١٥٧ ـ ١٥٨).

(٣) انظر الاختيارات (١٥٧ ـ ١٥٨)، وشرح الاختيارات (٦/١٢٧)، المغني (٦/٤٢٦).

الولد الاستقلال عن عين الأصل.

❁ **الأدلة**

١ ـ قال النبي ﷺ: «**الخراج بالضمان**»[١]. وفي بعض طرقه: أن رجلًا ابتاع عبدًا فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيبًا، فخاصمه إلىٰ النبي ﷺ فرده عليه، فقال الرجل: يا رسول الله، قد استعمل غلامي. فقال ﷺ: «**الخراج بالضمان**»[٢].

معنىٰ الحديث: المنفعة الحاصلة من العين المملوكة إذا استحقت العين أو وجب ردها لعيب تصبح هذه المنفعة حق للذي عليه الضمان؛ لأنها لو تلفت كان هلاكها من ماله، فلما كان ضمانها عليه كان خراجها له[٣]. قال ابن تيمية: الخراج ما يحدث في ملك المشتري. ولفظ الخراج اسم للغلة: مثل كسب العبد، وأما اللبن ونحوه فملحق بذلك[٤].

فالباء للإلصاق، فالخراج ملتصق بالضمان، فمن عليه الضمان فله الخراج. وقيل: الباء للسببية، فالخراج حق لمن عليه الضمان بسبب ضمانه[٥].

٢ ـ القاعدة: الخراج بالضمان.

قال شيخ الإسلام: الضمان بالخراج فإنما هو فيما اتفق ملكًا ويدًا، وأما إذا كان

(٢) رواه أحمد (٦/٤٩) وأبو داود (٣٥٠٨ ـ ٣٥١٠) وغيرهما عن عروة بن الزبير عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها. وصححه الترمذي (١٢٨٦) والحاكم (٢/١٥) وحسنه الألباني في الإرواء (١٣١٥).

(٣) رواه أبو داود (٣٥٠٨) انظر الإرواء (١٣١٥).

(٤) انظر القواعد للحصين (٢/٢٥٧)، والأشباه والنظائر للسيوطي (٢٥٥).

(٥) مجموع الفتاوىٰ (٢٠/٥٥٧).

(٦) القواعد للحصين (٢/٢٥٧).

الملك لشخص واليد لآخر فقد يكون الخراج للمالك والضمان على القابض[١]. لذا يخرج منه الغاصب، فالضمان عليه والخراج ليس له لأنه ليس مالكًا له.

٣ ـ قاعدة: الغُنم بالغُرم.

٤ ـ قال النبي ﷺ في الرهن: «الرهن يركب بنفقته، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً»[٢].

وجه الاستدلال: اعتبر النبي ﷺ بالنفقة على العين المملوكة للراهن، وجعل النماء المنفصل وهو اللبن من حق غير المالك إذا أنفق عليه. فكيف إذا كان المشتري مالكًا حين نما وأنفق عليه، ثم رده لعيب أو لفسخ؛ فهو أولى بالنماء.

الثاني: صور للمتصل: تعلم العبد الصناعات والمهارة بعد شرائه من حق المشتري، وله قيمته، يرجع عليه بقيمته[٣].

قال ابن تيمية في الاختيارات: النماء المتصل في الأعيان المملوكة العائدة على من انتقل الملك عنه لا يتبع الأعيان، وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب[٤].

۞ الأدلة

١ ـ لأنه أنفق على عين ليست له فجاز له الرجوع بالنفقة[٥]؛ فقد قال النبي ﷺ:

---

(٢) انظر مجموع الفتاوى (٤٠١/٢٩)، القواعد للحصين (٢٥٨/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (٢٥٧)، الأشباه لابن نجيم (١٧٥).

(٣) رواه البخاري (٢٥١١، ٢٥١٢).

(٤) القواعد للحصين (٢٦٣/٢).

(٥) شرح الاختيارات (١٢٦/٦).

(٦) القواعد عند ابن تيمية للحصين (٢٦٤/٢).

«**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً**»[١].

٢ ـ الأدلة التي تنهىٰ عن الظلم. لو أن هذا الشخص اشترىٰ عبدًا ودرّبه علىٰ صناعات وأصبح ماهرًا وظهر فيه العيب وأراد أن يرده فرده؛ فأين حق التدريب؟

فله ما أنفقه علىٰ تدريبه، فهذا من باب الحفاظ علىٰ حقوق الناس؛ لأن النبي ﷺ قال: «**كل المسلم علىٰ المسلم حرام دمه وماله وعرضه**»[٢]. فهو الذي درّب العبد، أو جعل الفحل ينزو علىٰ الأنثىٰ وهو الذي كان يطعمها فحملت وولدت فكيف يكون للأول؟!

٣ ـ حديث النبي ﷺ: «**كل المسلم علىٰ المسلم حرام دمه وماله وعرضه**»[٣].

٤ ـ لأنه أخرج ماله فيه، فلا يذهب هدرًا[٤].

٥ ـ ولأنه حدث في ملكه الظاهر.

٦ ـ اعتبر النبي ﷺ بالنفقة علىٰ العين، فجعل نماءها المنفصل الذي يفسد بسرعة لمن أنفق عليها، كما في حديث الرهن: «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً**»[٥]، وكذا له استعمالها المتعارف عليه لمن أنفق عليها وهو لا يملكها. فعِلّة ذلك النفقة عليها، فيستوي المنفصل والمتصل إذا توفرت العلة وهي النفقة عليها لمن ملكها ملكًا ظاهرًا.

---

(٢) رواه البخاري (٢٥١٢).

(٣) رواه مسلم (٢٥٦٤).

(٤) رواه مسلم (٢٥٦٤).

(٥) المقدمات لابن رشد (١٠٣/٢).

(٦) رواه البخاري (٢٥١٢).

٧ ـ قياسًا على اللقطة. فلو أنفق الملتقط على اللقطة بنية الرجوع ثم وجد مالكها فله نفقته، فكذا هنا له نفقته أو قيمة الزيادة المتصلة.

الحالة الثالثة: النماء المتولد من الكسب حكمه مستقل عن العين(١).

صورتها

اشترى دابة ثم أكراها وحصّل أجرتها ثم تبين له عيب قديم فيها قبل شرائها لم يعلم به؛ ردها ولم يرد أجرتها.

اشترى سيارة فأجرها ثم تبين أن فيها عيبًا؛ فيردها ولا يرد ما اكتسبه من تأجيرها.

أقوال العلماء(٢)

سئل ابن تيمية عن رجل وهب لإنسان فرسًا ثم بعد مدة طلب الواهب منه أجرتها فقال له: ما أقدر على شيء، وإلا فرسك خذها. قال الواهب: ما آخذها إلا أن تعطيني أجرتها؛ فهل يجوز ذلك وتجوز له أجرة أم لا؟

فأجاب: إذا أعاد إليه العين الموهوبة فلا شيء له غير ذلك وليس له المطالبة بأجرتها ولا مطالبته بالضمان؛ فإنه كان ضامنا لها وكان يطعمها بانتفاعه بها مقابلة لذلك(٣). فالموهوب له كان ضامنًا للعين لو تلفت؛ فكان خراجها له.

۞ الأدلة(٤)

١ ـ حديث: «**الخراج بالضمان**»(٥). فالكسب هو أصل معنى الخراج، والمشتري

---

(٢) انظر الأشباه لابن نجيم (١٧٥).

(٣) القواعد المالية عند ابن تيمية للحصين (٢/٢٦٢ ـ ٢٦٣).

(٤) مجموع الفتاوى (٣١/٢٨٤).

(٥) البدائع (٥/٢٨٥).

(١) رواه أحمد (٦/٤٩) وأبو داود (٣٥٠٨ ـ ٣٥١٠) وغيرهما عن عائشة رضي الله عنها. وصححه الترمذي=

ضامن للعين، فلو هلكت هلكت في ضمانه.

٢ ـ القياس. إذا كان النماء المتولد من العين الحادث بعد العقد حكمه الاستقلال عن عين الأصل فالكسب من باب أولىٰ.

٣ ـ جميع أدلة النماء المتولد من العين الحادث بعد العقد.

٤ ـ هذا ربح ما يضمن، وإنما «نهى عن ربح ما لم يضمن»، فهو ربح مباح للمشتري.

٥ ـ الكسب مملوك بسبب علىٰ حدة من قبل المتسبب، ومَلَكه بتأويل، فَصَحَّ مكسبه فيه.

٦ ـ الزيادة ليست مبيعة لانعدام حكم البيع فيها.

٧ ـ إذا جاز للمستأجر أن يؤجر المنفعة بأكثر مما استأجرها لما ملكها، فالمالك للعين ملكًا ظاهريًا أولىٰ بالجواز، فهو حين أجرها كان يملك عينها ومنفعتها، والبائع يملك ثمنها.

٨ ـ الزيادة غير متولدة من الأصل فلا تتبع الأصل. فالزيادة المتولدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن، أما الكسب والغلة فغير متولدين منه.

(ويتخرَّج علىٰ ذلك مسائل) علىٰ النماء المتصل

(منها المردود بالعيب) اشترىٰ ناقة فسمنت عنده ثم تبين بها عيب فردها، فقد زادت زيادة متصلة.

فإذا ردها بالعيب؛ فهل الزيادة للبائع ولا يستحق المشتري عليها شيئًا؟

أم الزيادة للمشتري فيرجع علىٰ البائع بقيمة النماء؟

= (١٢٨٦) والحاكم (٢/١٥) وحسنه الألباني في الإرواء (١٣١٥).

وهذا الأخير قول الإمام أحمد، ورجحه الشيرازي وابن عقيل وابن تيمية؛ وقد سبق ذكر الأدلة.

وكمن اشترىٰ عبدًا فتعلم عنده صناعة ما كالحدادة أو النجارة أو الطب أو الطهي، ثم وجد به عيبًا فرده بالعيب، فقد زاد زيادة متصلة؛ فالزيادة للمشتري يرجع علىٰ البائع بقيمة النماء؟

(والمبيع إذا أفلس مشتريه قبل نقد الثمن ووجده قد نما نماءً متصلًا) اشترىٰ خيلًا بثمن مؤجل ثم دربها فأصبحت الأولىٰ في السباق ثم أفلس ووجدها البائع.

هل يرجع بها ولا شيء للمفلس؟

أم يرجع المفلس علىٰ البائع بقيمة النماء وهو التدريب؟

أم ليس للبائع الرجوع فيكون أسوة الغرماء؟

علىٰ المنصوص عن أحمد في نماء المبيع أنه لا يتبع؛ أي النماء للمشتري، لذا قال ابن رجب: ليس في استحقاق الرجوع ما ينافي مطالبته بقيمة الزيادة، كما لو كانت الزيادة صبغًا في الثوب. اهـ فيخير البائع بين دفع قيمة الزيادة للمفلس واسترجاع المبيع وبين أن يكون أسوة الغرماء.

(وأما العقود فيتبع فيها النماء الموجود حين ثبوت الملك بالقَبول أو غيره وإن لم يكن موجودًا حين الإيجاب أو ما يقوم مقامه. فمن ذلك: الموصىٰ به إذا نما نماءً متصلًا بعد الموت وقبل القَبول؛ فإنه يتبع العين إذا احتمله الثلث) صورة المسألة: أوصىٰ بعمارة لجاره ولم يعلم الجار بها وهي في حدود الثلث حين الوصية بها، ثم توفي الموصي ولم يُخْبَر بها الجار إلا بعد ستة أشهر فقبلها، ولكنها خلال هذه المدة زادت قيمة العمارة (٣٠٪)؛ فهو نماء متصل.

عندما أوصىٰ بالعمارة للجار: هذا يسمىٰ الإيجاب، وعندما قبل الموصىٰ له بعد ستة أشهر: يسمىٰ بالقبول، فثبت الملك له ساعة القبول، ولكن النماء لم يكن موجودًا حين الإيجاب لما أوصىٰ بالعمارة له. فالنماء الذي وجد خلال الستة أشهر قبل القبول؛ ما حكمه؟

قال المؤلف: **(يتبع فيها النماء الموجود حين ثبوت الملك بالقبول أو غيره)** أي النماء للموصىٰ له؛ يتبع الأصل.

التفصيل

بموت الموصي أمست الوصية من التركة، لكن الوصية لم يملكها الموصىٰ له لعدم علمه بها، فلم يتوفر القبول. ولم يملكها الورثة؛ لأن الأب أوصىٰ بها للجار. فلما نمت لم تنمُ وهي في ملك الورثة وإلا لأصبح الورثة يملكون نماءها للصحيح من القاعدة، لذا بقيت علىٰ أصلها تتبع أصلها، فالتبع له حكم الأصل. فلما قبلها الموصىٰ له صار الأصل إليه، فتبعه نماؤها.

أما إذا لم يقبل الوصية فإن العين ونماءها يرجعان إلىٰ التركة لأن النماء يتبع العين.

(فإنه يتبع العين إذا احتمله الثلث) إذا لم ينتقل مُلك العين إلىٰ الموصىٰ له إلا بعد قبوله فينظر إلىٰ نمائها قبل قبوله:

١ ـ فإن كانت العين مع نمائها في حدود الثلث: فله العين بنمائها.

٢ ـ وإن كانت العين مع نمائها أكثر من الثلث: فله فقط منها في حدود الثلث؛ وهو قول ابن قدامة، وما زاد علىٰ الثلث فإنه يُقتطع ليرد إلىٰ التركة.

(وأما عقود الضمان فتتبع في الغصب) في الغصب: النماء يتبع المغصوب ولو

نما في يد الغاصب.

مثال: غصب أرضًا مدة أربعين سنة ورفع صاحب الأرض دعاوىٰ كثيرة إلىٰ أن كسب الدعوىٰ بعد أربعين سنة، وكان سعرها حين غصبها عشرين ألف دينار كويتي. وبعد أن كسب الدعوىٰ بعد أربعين سنة أصبح سعرها مليونين، فالنماء الذي حصل من حق الغاصب أم من حق مالك الأرض؟ قال المؤلف: تتبع العين، فمن يملك الأرض يملك هذا النماء.

والصحيح في هذه المسألة التفصيل:

١ ـ إن لم يكن للغاصب يد في نمائه: فالنماء يتبع المغصوب، كما لو غصب عمارة فزادت قيمتها ٣٠٪ بسبب السوق.

٢ ـ إن كانت له يد ولكن غير معتبرة، فلا شيء له والنماء يتبع الأصل كما في الحالة الأولىٰ.

٣ ـ إن كانت له يد معتبرة: فقد سبق تفصيله في القاعدة السابعة والسبعين (٧٧)، والقاعدة التاسعة والسبعين (٧٩) وهو أن للمالك الخيار في تعويض يد الغاصب: إما بحق المضاربة أو أجرة المثل؛ وغيرها ذكرت في موطنها. أما العوض فيعزر به الغاصب ويضم إلىٰ بيت المال علىٰ ما يراه ولي الأمر.

(**وفي الصيد الذي في يد المحرم**) إذا صاد وهو محرم ونما عنده؛ فما حكم النماء؟ حكمه كحكم الغصب، وليس للصائد شيء، وإنما يعزر كتعزير الغاصب.

(**وفي نماء المقبوض بعقد فاسد وجهان**) وقد سبق تفصيله في القاعدة التاسعة والسبعين:

١ ـ إن كان المشتري يعلم بفساده فلا حق له في النماء.

٢ ـ وإن كان يجهل فساده فإنه يفسخ العقد من حين علمه به إن كان استئجارًا أو مزارعة أو مساقاة أو مضاربة؛ لأنه عقد متجدد، وإن كان بيعًا فيعذر بجهله كما لو لم يحرم إلا بعد العقد، وله نماؤه على التفصيل المذكور في النماء المتصل.

تنبيه: ذكر الحافظ ابن رجب في الأصل عقود التوثقة فقال:

(وأما تبعية النماء في عقود التوثقة فإنه يتبع في الرهن، وأموال الزكاة والجاني والتركة المتعلق بها حق الغرماء إن قيل بانتقال ملكها إلى الورثة)[1].

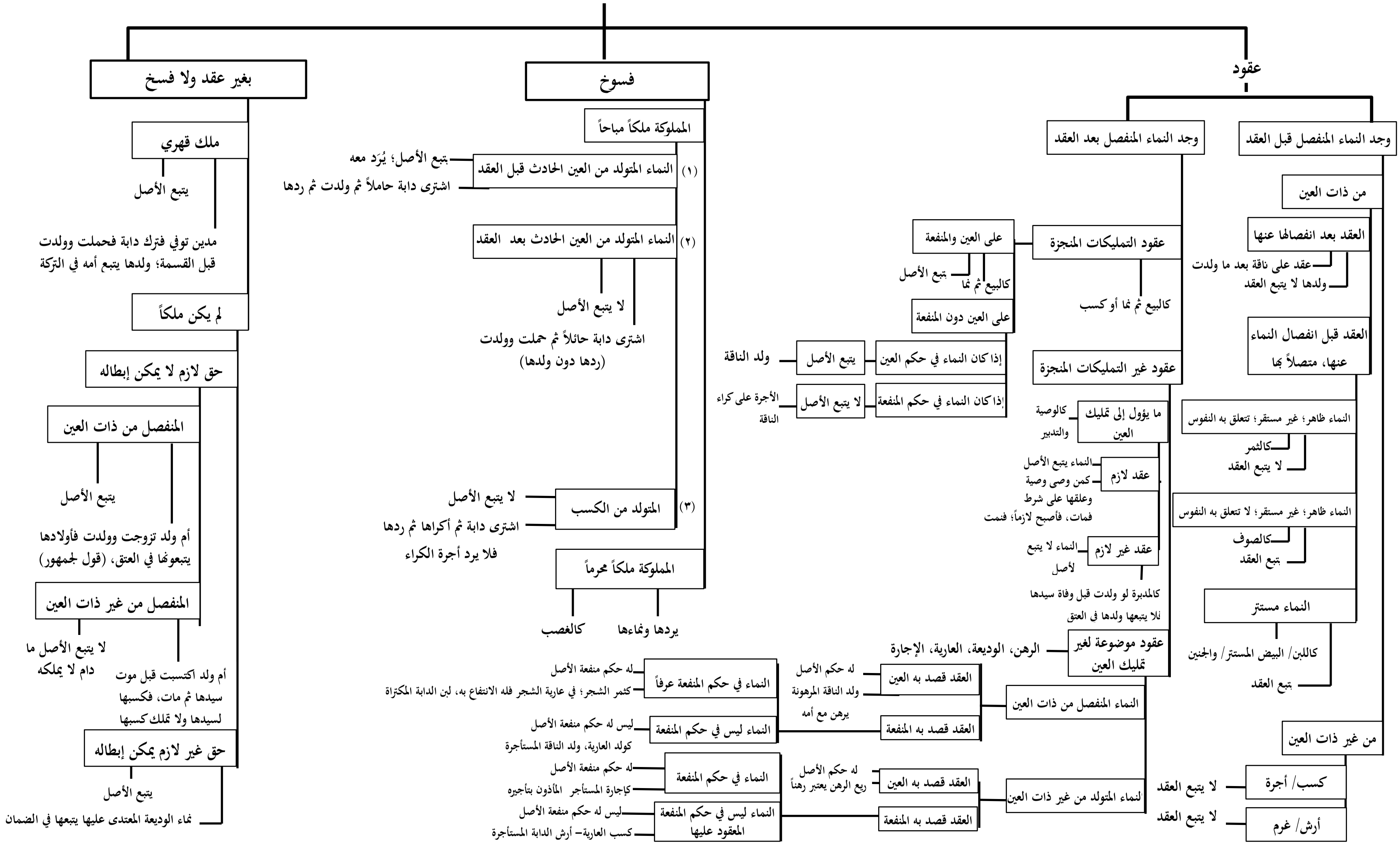
۞ **المُلَخَّص: النماء المتصل في الأعيان المملوكة ملكاً مباحاً العائدة إلى من انتقل الملك عنه بالفسوخ لا يتبع الأعيان إلا المتولد والحادث قبل العقد، وكذا المملوكة ملكاً محرماً فيتبع الأعيان.**

❑ ❑ ❑

(١) تقرير القواعد (٢/١٧٢).

القاعدة الثانية والثمانون

النماء المنفصل



۞ المَتْن

القاعدة الثانية والثمانون

النماء المنفصل تارة يكون متولِّدًا من عين الذات كالولد والطلع والصوف واللبن والبيض.

وتارة يكون متولدًا من غيرها واستحق بسبب العين كالمهر والأجرة والأرش.

والحقوق المتعلقة بالأعيان ثلاثة: عقود، وفسوخ، وحقوق تتعلق بغير عقد ولا فسخ.

فأما العقود فلها حالتان:

إحداهما: أن يرد علىٰ الأعيان بعد وجود نمائها المنفصل، فلا يتبعها النماء سواء كان من العين أو غيرها. إلا ما كان متولدًا من العين في حال اتصاله بها واستتاره وتغيبه فيها بأصل الخلقة فإنه يدخل تبعًا كالولد واللبن والبيض والطلع غير المؤبر. أو كان ملازمًا للعين لا يفارقها عادة كالشعر والصوف فإنها تلحق بالمتصل في استتباع العين.

وأما المنفصل البائن فلا يتبع بغير خلاف، إلا في التدبير فإن في استتباع الأولاد فيه روايتين.

والحالة الثانية: أن يحدث النماء بعد ورود العقد علىٰ العين، فينقسم العقد إلىٰ تملك وغيره:

فأما عقود التمليكات المنجزة، فما ورد منها علىٰ العين والمنفعة بعوض أو غيره فإنه يستلزم استتباع النماء المنفصل من العين وغيره كالبيع والهبة والعتق وعوضه

وعوض الخلع والكتابة والإجارة والصداق وغيرها.

وما ورد منها على العين المجردة من غير منفعة كالوصية بالرقبة دون المنافع والمشتري لها من مستحقها على القول بصحة البيع فلا يتبع فيه النماء من غير العين، وفي استتباع الأولاد وجهان.

وما ورد منها على المنفعة المجردة: فإن عمَّ المنافع كالوقف والوصية بالمنفعة تبع فيه النماء الحادث من العين وغيرها إلا الولد فإن فيه وجهين مصرَّح بهما في الوقف ومخرَّجان في غيره بناء على أنه جزء أو كسب، وفي أرش الجناية على الطرف بالإتلاف احتمالان.

وإن كان العقد على منفعة خاصة لا تتأبَّد كالإجارة فلا يتبع فيه شيء من النماء المنفصل بغير خلاف.

وأما عقود غير التمليكات المنجزة فنوعان:

أحدهما: ما يؤول إلى التملك، فما كان منه لازمًا لا يستقل العاقد أو من يقوم مقامه بإبطاله من غير سبب فإنه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها ويندرج في ذلك صور.

منها: المكاتبة، فتملك أكسابها ويتبعها أولادها بمجرَّد العقد.

ومنها: المكاتب.

ومنها: الموصى بعتقه، والمعلق عتقه بوقت أو صفة بعد الموت، والموصى بوقفه إذا نما بعد الموت وقبل إيقافه، والموصى به لمعيَّن يقف على قَبوله له ونمائه. ومنها: النذر، والصدقة، والوقف إذا لزمت في عين لم يجز لمن أخرجها

عن ملكه أن يشتري شيئًا من نتاجها.

وأما ما كان منها غير لازم ويملك العاقد إبطاله إما بالقول أو بمنع نفوذ الحق المتعلِّق به بإزالة الملك من غير وجوب إبدال فلا يتبع فيه النماء من غير عينه، وفي استتباع الولد خلاف. ويندرج تحت ذلك صور:

منها: المدبَّرة فإنه يتبعها ولدها على المشهور، والمعلَّق عتقها بصفة إذا حملت وولدت بين التعليق ووجود الصفة ففي عتقه معها وجهان.

النوع الثاني: عقود موضوعة لغير تمليك العين، فلا يملك بها النماء بغير إشكال، إذ الأصل لا يملك فالفرع أولى. ولكن هل يكون النماء تابعًا لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضمونًا أو غير مضمون؟ فإن كان العقد واردًا على العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل، وإن كان غير لازم أو لازمًا لكنه معقود على المنفعة من غير تأبيد أو على ما في الذمة فلا يكون النماء داخلًا في العقد، وهل يكون تابعًا للأصل في الضمان وعدمه؟ فيه وجهان، ويندرج تحته صور:

منها: المرهون، والأجير، والمستأجر، والوديعة، والعارية، والمقبوض على وجه السوم، والمقبوض بعقد فاسد.

فَصْــلٌ

وأما الفسوخ فلا يتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف. وأما المتولد من العين ففي تبعيته روايتان في الجملة يرجعان إلى أن الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه؟ والأصح: عدم الاستتباع. ويندرج تحت ذلك صور:

منها: الزكاة إذا عجلت وهلك المال وقلنا له الرجوع بها، والمبيع في زمن الخيار

إذا نمى نماءً منفصلًا ثم فسخ الخيار ، والإقالة إذا قلنا هي فسخ ، والرد بالعيب ، وفي رد النماء فيه روايتان ، وفسخ البائع لإفلاس المشتري ، واللقطة ، ورجوع الأب فيما وهب ولده.

فَصْــلٌ

وأما الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ: فإن كانت ملكًا قهرًا فحكمه حكم سائر التملُّكات. وإن لم يكن ملكًا: فإن كانت حقًا لازمًا لا يمكن إبطاله بوجه كحق الاستيلاد سرىٰ حكمه إلىٰ الأولاد دون الأكساب لبقاء ملك مالكه عليه ، وإن كان غير لازم بل يمكن إبطاله إما باختيار المالك أو برضىٰ المستحق لم يتبع النماء فيه الأصل بحال. ويتخرَّج علىٰ ذلك مسائل:

منها: الأمة الجانية ، ومنه الأمانات إذا تعدىٰ فيها ثم نمت فإنه يتبعها في الضمان.

تنبيه: اضطرب كلام الأصحاب في الطلع والحمل هل هما زيادة متصلة أم منفصلة ؟

۞ الشَّرح

(النماء المنفصل) الزيادة التي تحدث في العين المتولدة إما:

١ ـ من ذات العين منفصل عنها ؛ كالولد والبيض.

٢ ـ من ذات العين متصل بها ويمكن فصله عنها ؛ كاللبن ، والطلع المؤبر ، والجنين.

٣ ـ من غير العين ولكن بسبب العين: كمهر الأمة ، والأجرة كأن يؤجر سيارة أو بيتًا أو دابة ، والأرش كأرش الأمة أو الدابة المملوكة.

(تارة يكون متولِّدًا من عين الذات كالولد والطلع والصوف واللبن والبيض)

أ ـ مما يكون متولدًا من ذات عين ومنفصلًا عنها: الولد، والبيض.

ب ـ مما يكون متولدًا منها ومتصلًا بها ظاهرًا ليس مستترًا وتتعلق به النفوس ويمكن فصله عنها: الطلع المؤبر، الثمر.

جـ ـ مما يكون متولدًا منها ومتصلًا بها ظاهرًا ليس مستترًا لا تتعلق به النفوس: الصوف والشعر.

د ـ يكون متولدًا منها ومتصلًا بها مستترًا، يمكن فصله عنها: الجنين واللبن والبيض المستتر.

(وتارة يكون متولدًا من غيرها واستحق بسبب العين كالمهر والأجرة والأرش) كالأثمان والأموال التي تكسب بسبب إتلاف العين أو استعمالها أو العقد عليها، فهي ليست جزءًا من العين ولكن اكتسبت بسبب العين. من صورها:

مهر الأمة. اشترىٰ أمة ولكن البائع زوّجها قبل بيعها؛ فمن يستحق المهر؟ البائع، لأنه نماء منفصل لكن ليس من ذات العين وإنما بسبب العين، فليس جزءًا من العين.

وأجرة السيارة. أجّر سيارته قبل بيعها، فالذي يستحق الأجرة عن المدة ما قبل البيع هو صاحب السيارة.

أرش إتلاف شيء من العين. رجل ضرب عبداً فسببت له تلك الضربة جائفة أي وصلت إلىٰ الجوف ففيها الأرش، وهذا الأرش أو الدية منفصلة وليست جزءًا من هذه العين، ولكن حصلت بسبب هذه العين.

أو أتلف زجاج السيارة قبل بيعها فباعها مالكها علىٰ ما هي عليه من زجاج

مكسور، فالبائع هو الذي يستحق غرم التلف.

(والحقوق المتعلقة بالأعيان ثلاثة:

١ ـ **(عقود)** مثل عقد الإجارة، وعقد البيع.

٢ ـ **(وفسوخ)** كفسخ المبيع في زمن الخيار.

٣ ـ **(وحقوق تتعلق بغير عقد ولا فسخ)** كجناية الأمة. رجل يملك أمة ثم جنت، فجنايتها لا بعقد ولا بفسخ، وتكلم المؤلف عن هذه الثلاثة مفصلًا ويأتي بيانه بإذن الله تعالىٰ.

(فأما العقود فلها حالتان: إحداهما: أن يرد علىٰ الأعيان بعد وجود نمائها المنفصل فلا يتبعها النماء سواء كان من العين أو غيرها) العقود علىٰ الأعيان بعد وجود نمائها المنفصل الذي تم فصله أو في طريقه إلىٰ الانفصال أو يمكن فصله أنواع:

١ ـ أن يكون النماء متولداً بسبب العين من غير ذات العين ومنفصلاً عنها: كالمهر والأجرة والأرش.

٢ ـ أن يكون متولداً من ذات العين منفصلاً عنها: كالولد بعد ولادته والبيض.

٣ ـ أن يكون متولداً من ذات العين متصلاً بها ظاهراً غير مستتر وتتعلق به النفوس: الطلع المؤبر والثمر.

٤ ـ أن يكون متولداً من ذات العين متصلاً بها غير مستتر ولا تتعلق به النفوس: كالصوف.

٥ ـ أن يكون متولداً من ذات العين متصلاً بها مستتراً ومآله إلىٰ الانفصال عنها:

كاللبن والجنين والبيض المستتر.

الحالة الأولى

عقد البيع على العين بعد أن وُجد نماؤها المنفصل سواءً انفصل عنها أم مآله إلى الانفصال؛ من يستحق النماء المنفصل؟ هل البائع أم المشتري؟ فهذا على نوعين:

النوع الأول: العقد على النماء المنفصل من غير ذات العين.

عمارة مؤجرة لمدة عام فاشتراها بعد خمسة أشهر من العقد؛ فهل ما كسبه بائعها في الخمسة الأشهر الأولى للبائع أم للمشتري؟ العقد تم على العمارة لا على ما كسبه من أجرة قبل العقد، فالنماء المنفصل قبل العقد من غير ذات العين لا يتبع العين في العقد. فأجرة الخمسة الأشهر الأولى والتي مضت قبل العقد لا تتبع العقد.

النوع الثاني: العقد على النماء المنفصل من ذات العين بعد أن بان عنها.

عقد على شراء دابة بعد أن ولدت، وولدها متعلق بها. فالعقد جرى على الدابة لا على المولود؛ فهل إذا باع الأم يعتبر الولد تبعًا لها في البيع؟ لا، فالنماء منفصل قبل عقد بيع الدابة فلا يتبع العين في العقد.

اشترى دجاجة ولها بيض، فالعقد جرى على الدجاجة لا على البيض، فالبيض للبائع. فالنماء المنفصل لا يتبع العين في العقد.

لا يتبعها النماء في النوعين لما سبق من الأدلة في القاعدة الحادية والثمانين في المنفصل، منها:

١ ـ قول النبي ﷺ: «**من باع نخلًا قد أُبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»(١). فإذا كان النماء المتصل الظاهر غير المستتر للبائع؛ فكيف بالمنفصل؟

٢ ـ قال النبي ﷺ: «الخراج بالضمان»(٢)؛ لما كان النماء في ضمان البائع كان له.

٣ ـ القاعدة: «الغنم بالغرم». فلما كان عليه غرمه قبل العقد فله غنمه كذلك.

٤ ـ إذا كان النماء المنفصل الذي حدث بعد العقد لصالح المشتري في العقد المفسوخ، فالنماء المنفصل الذي حدث قبل العقد وهو في يد مالكه أولىٰ أن يكون لمالكه.

٥ ـ النماء المنفصل هو ذاتٌ منفصلٌ عن العين ولم يعقد عليه وإنما عقد علىٰ عين أخرىٰ؛ فكيف يدخل في عقد عين أخرىٰ؟

النوع الثالث: أن يكون متصلاً بها ظاهراً غير مستتر وتتعلق به النفوس ومآله إلىٰ الانفصال. منها الطلع المؤبر والثمر فله حكم المنفصل.

اشترىٰ شجرة وعليها ثمرها أو الطلع المؤبر، فالعقد جرىٰ علىٰ الشجرة لا علىٰ ثمرها أو طلعها المؤبر، فلا يتبع العقد.

فالثمر في حكم المنفصل، فهو وإن كان متصلًا ظاهرًا فإنه لا يختلف عن المنفصل إلا بقطعه، بل هو مطلوب قطعه. وأما الطلع المؤبر: فهو في حكم الثمر

(٢) رواه البخاري (٢٢٠٤).

(٣) رواه أحمد (٦/٤٩) وأبو داود (٣٥٠٨ ـ ٣٥١٠) وغيرهما عن عائشة رضي الله عنها. وصححه الترمذي (١٢٨٦) والحاكم (٢/١٥) وحسنه الألباني في الإرواء (١٣١٥).

الناضج ؛ لتعلق القلوب به ؛ فلا يتبعان العين في العقد للحديث: «**من باع نخلًا قد أُبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»[١].

النوع الرابع

(إلا ما كان متولداً من العين في حال اتصاله بها واستتاره وتغيبه فيها بأصل الخلقة فإنه يدخل تبعاً) فهو متصل بالعين غير منفصل ، فيبقىٰ علىٰ أصله بأن العقد وقع عليه.

(كالولد) الجنين ، فهو متصل مستتر.

(واللبن): متصل مستتر.

(والبيض): المستتر فهو متصل مستتر.

(والطلع غير المؤبر): ليس فيه قوام الثمر الذي يصلح للأكل ، فهو متصل وليس له حكم المنفصل.

۞ الأدلة على أنه يتبع العين

قد سبق ذكرها في القاعدة الحادية والثمانين ، ومنها:

١ ـ قول النبي ﷺ: «**من باع نخلًا قد أُبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع**»[٢] ، أي إذا لم تؤبر تبقىٰ علىٰ أصلها فتدخل في عقد البيع.

٢ ـ حديث المصراة ، دل علىٰ أن العقد يجري علىٰ الدابة وعلىٰ لبنها.

٣ ـ التبع له حكم الأصل.

(٢) رواه البخاري (٢٢٠٤).

(١) رواه البخاري (٢٢٠٤).

٤ ـ الأدلة علىٰ جواز بيع الناقة الحامل.

النوع الخامس

(أو كان ملازمًا للعين لا يفارقها عادة كالشعر والصوف، فإنها تلحق بالمتصل في استتباع العين) لما سبق من الأدلة، وعلى هذا تضافرت الأدلة وأجمعت الأمة.

(وأما المنفصل البائن فلا يتبع بغير خلاف) المنفصل البائن، كالمولود فإنه لا يتبع أمه في البيع، والبيض لا يتبع الطير في البيع وقد سبق ذكره في النوع الأول والثاني.

(إلا في التدبير) كمن وصىٰ: أمتي حرة بعد وفاتي ثم ولدت قبل وفاته؛ فهل يدخل في العتق بعد وفاته؟

(فإن في استتباع الأولاد فيه روايتين)

الأولىٰ: يدخلون في الوصية بالعتق.

الثانية: لا يدخلون في الوصية بالعتق. وهو الأصح؛ لأن العقد لا يتم إلا بوفاته، فهو عقد معلق بشرط، كمن اشترط بيع البيت بعد عام ثم حصل كسب أجرة من البيت للمالك خلال العام قبل انتهائه؛ فإن الكسب للبائع وليس للمشتري حتىٰ يتحقق الشرط. فيدخل في النوع الثاني أن العقد وقع بشروطه وأركانه بعد الولادة، فلا يدخل الأولاد في العقد.

(والحالة الثانية: أن يحدث النماء بعد ورود العقد علىٰ العين) كأن تحمل الدابة بعد شرائها، أو تحمل بعد إعارتها، أو بعد إجارتها.

(فينقسم العقد إلىٰ تملك وغيره) العقود تنقسم إلىٰ قسمين:

القسم الأول: عقد تمليك منجز وهو عقد تملك فيه العين ملكاً منجزاً كالبيع

والهبة، فإن العين تملك بهذا العقد. فإذا باع الدابة أو باع السيارة فقد ملك المشتري العين ملكاً منجزاً، وإذا وهب سيارة لأحد فقد ملكها الموهوب له.

القسم الثاني: عقد موضوع لغير التمليك المنجز: منها المعلقة كالوصية والتدبير؛ فهو يملكها بعد توفر الشرط أو الصفة. كأن يقول: إذا أنا مت فهذا العبد حر، أو يوصي بسيارة لأحدهم إذا مات؛ فهذا ليس منجزًا بل معلق بشرط متىٰ ما توفر الشرط تملكه. ومنها ما يؤول إلىٰ تملك العين بالرغم من كونها وضعت لغير التملك كالرهن. ومنها ما لا تُملك فيه العين كالعارية والوديعة؛ كأن يستعير من آخر سيارة فهو لا يملكها، وكذلك الرهن؛ لا يملك المرتهن الرهن.

(فأما عقود التمليكات المنجزة) العقود التي تملك فيها العين تنقسم إلىٰ قسمين:

القسم الأول: عقود التمليكات المنجزة، أي يملكها بعد العقد مباشرة.

(فما ورد منها علىٰ العين والمنفعة بعوض أو غيره فإنه يستلزم استتباع النماء المنفصل من العين وغيره) في عقود التمليكات المنجزة إذا وردت علىٰ العين والمنفعة سواء كانت العقود بعوض كالبيع أم بغير عوض كالهبة؛ فالنماء المنفصل الحادث بعد العقد يتبع مالك العين، سواء كان النماء المنفصل من ذات العين أم كان النماء المنفصل من غير ذات العين.

أما التملك بعوض كالبيع: باع دابة وأخذ ثمنها فهذا عوض ثم حملت بعد العقد وولدت. فإذا فسخ العقد فالولد للمشتري.

وأما التملك بغير عوض، كالهبة والعتق بلا عوض فحملت بعد هبتها، فولدها للموهوب له.

وإذا أجّر السيارة بعد شرائها أو بعد هبتها، فالأجرة للمشتري أو الموهوب له.

فإذا ردها لعيب فالأجرة للمشتري وليست للبائع.

أو أتلف زجاجها متلف، فقيمة المُتلَف للمشتري، فلو ردها لعيب فقيمة التلف للمشتري لا تعطىٰ للبائع، ولكن يردها سليمة من التلف المذكور.

(كالبيع والهبة والعتق) فإذا حملت الأمة بعد عتقها فولدها حر.

(وعوضه) لو أعتق أمة بعوض، فالمعتق تملَّك العِوض، فإذا استثمر العِوض أو أجّره فربح فالاستثمار والأجرة له. فإذا فسخ العقد لعيب في العوض؛ فربح الاستثمار للمعتق لمن تملك العوض.

(وعوض الخلع) خالعته زوجته بعوض، ثم استثمر العوض، فريع الاستثمار له. فإذا فسخ الخلع لعيب في العوض، فربح الاستثمار للزوج.

(والكتابة) عوض الكتابة. فلو استثمره السيد ثم فسخ العقد فربح الاستثمار للسيد.

مثال: مملوك كاتب سيده علىٰ مبلغ مائة دينار، فعندما دفع نصف المبلغ استثمر سيده هذا المال فربح، ثم فُسخ العقد ورجع مرة أخرىٰ إلىٰ العبودية فالربح للسيد لأنه هو الذي استثمر المال.

(والإجارة) أي عوض الإجارة. فلو استثمر المؤجر العوض فحكمه حكم عوض الخلع، فهو للمؤجر إذا فسخ العقد؛ لأن النماء حدث علىٰ الأجرة بعد ورود العقد علىٰ العين.

مثال: رجل أجّر بيته مدة عام والمستأجر دفع الأجرة مقدماً، ثم استثمر المؤجر المال وربح فيه، ثم وجد المستأجر عيبًا فرد البيت إلىٰ مالكه وأخذ ما تبقىٰ له من الأجرة المدفوعة مقدمًا، فماذا عن ربح العِوض؟ الربح للمؤجر حتىٰ ولو

فُسخ العقد؛ لأن النماء حدث بعد ورود العقد على العين.

(والصداق وغيرها) امرأة استثمرت صداق الزوج ثم تبين عيب في الزوجة من غير تدليس من قبلها وذلك قبل الدخول ففسخ عقد النكاح بالعيب، فريع الاستثمار لها؛ لأن النماء حدث بعد العقد.

(وما ورد منها على العين المجردة من غير منفعة كالوصية بالرقبة دون المنافع) قد يرد العقد المنجز على عين من غير منفعته. كمن وصى بأمته لجاره بتملك عينها ولكن لا حق له في منافعها، بينما أوصى بمنفعتها من خدمة وغيرها لرجل آخر.

(والمشتري لها من مستحقها على القول بصحة البيع) إذا اشتراها عمرو من الجار فلا حق له في منافعها.

(فلا يتبع فيه النماء من غير العين) النماء المتحقق من العين: إما أن يكون من ذات العين كالحمل والولادة وإما من غير ذات العين ككسب الأمة. فإذا أجّرها عمرو فليس لعمرو حق في الأجرة وكسبها، وإنما أجرتها وكسبها لمالك منفعتها. أو زوِّجت؛ فليس لعمرو حق في مهرها، أو جُنِي عليها بما تستحق فيه الأرش؛ فليس لعمرو حق في أرشها.

(وفي استتباع الأولاد وجهان) لو ولدت بعد الوصية؛ هل الولد جزء من عين الأمة؟

١ ـ فإن كان جزءاً منفصلاً من عينها ففيه وجهان:

الأول: أنه يتبع الأمة، فيملكه الموصى له الذي ملك الرقبة دون المنفعة، هذا الوجه الأول.

الثاني: أن الولد للورثة.

٢ ـ وإذا قيل بأن الولد من كسب الأمة وليس منفصلاً من ذات عينها فهو للموصىٰ له بالمنفعة وليس للورثة ولا لمالك عين الأمة.

(وما ورد منها علىٰ المنفعة المجردة) هذا يتبع العقود الموضوعة لغير تمليك العين التابعة للنوع الثاني من عقود غير التمليكات المنجزة. فهذا التفريع لا يتوافق مع الحالة الثانية «أن يحدث النماء بعد ورود العقد علىٰ العين» لأن هذا تفريع علىٰ العقد علىٰ المنفعة لا علىٰ العين، بينما قسم التمليكات المنجزة يقصد بها تملك العين لأنه ذكر في النوع الثاني من عقود غير التمليكات المنجزة: عقود موضوعة لغير تمليك العين.

(المنفعة المجردة) أي لا يملك العين، ولكن يملك المنفعة إما علىٰ وجه العموم أو يملك منفعة خاصة:

١ ـ المنفعة علىٰ وجه العموم: كأن يوقف العمارة بجميع منافعها علىٰ زيد، أو يوصي بمنافع بستان النخيل لعمرو، أو يوصي بمنافع الإبل لعلي.

٢ ـ المنفعة الخاصة: كأن يستأجر الخيل، وهو عقد علىٰ منفعة الإجارة فقط.

(فإن عمَّ المنافع كالوقف والوصية بالمنفعة تَبِع فيه النماء الحادث من العين) النماء الحادث من العين يتبع من يستحق المنفعة. رجل لديه بستان نخل سكري، فقال: هذا النخل السكري موقوف علىٰ فقراء هذا البلد. فإنهم ينتفعون بالمنافع العامة لهذا الوقف، فينتفعون من ثماره وسعفه وبكل ما ينتج من هذا النخل، فهذه منافع عامة انتفع بكل ما ينتج من النماء المنفصل المتعلق بهذه الأشجار.

مثال آخر: أوصىٰ بعد وفاته ببستانه الذي في حدود الثلث لفقراء البلد. فجميع

المنافع المذكورة في المثال السابق تعم فقراء البلد من النماء المنفصل [إذ القاعدة عن النماء المنفصل].

(أو غيرها) وكذا النماء الحادث من غير العين. كما لو أجر العمارة، فإن المستحق للمنفعة يستحق أجرتها.

مثال: رجل أوقف ناقة على جاره أسامة، فالمنافع للجار؛ لأن الوقف تحبيس الأصل والانتفاع بالمنفعة. فيستطيع الجار أن يركبها ويشرب لبنها وينتفع بوبرها، وإذا أجّر الناقة فله كسبها؛ لأن هذا من منافعها.

(إلا الولد فإن فيه وجهين مصرَّح بهما في الوقف ومخرجان في غيره بناء على أنه جزء أو كسب) كأن تلد الخيل الموقوفة أو الموصى بها بعد وفاة الموصي. فهل مستحق المنفعة المجردة يستحق أولاد الخيل أم لا؟

الوجه الأول: أولاد الخيل جزء من العين. فالموصى له لا يستحق أولاد الخيل؛ لأنه لا حق له في عين الخيل وإنما في منفعتها، وأولادها جزء من عينها.

الوجه الثاني: أولاد الخيل من كسب الخيل. فيستحق حينئذ أولادها؛ لأنها من كسبها، وكسبها من منافعها.

(وفي أرش الجناية على الطرف بالإتلاف احتمالان) لو أتلفت يدُ الأمة، فمن يستحق أرشها؟ أو أتلف جزءٌ من البستان فدُفِع أرش الإتلاف؛ فهل الأرش لمالك المنفعة؟ قولان:

الأول: أنه للموقوف عليه. فيستحقه كما يستحق فوائد ومنافع العين.

القول الثاني: عليه أن يكمل بالأرش ما نقص من إتلاف الوقف؛ وهذا هو الأصح.

مثال: وقف رجل سيارة علىٰ عمرو. فكسر طفل الزجاج، فغرم أبو الطفل قيمة الزجاج، فهذه القيمة لمن؟ هل للموقوف عليه؟ احتمالان، والصحيح في هذا أن تستخدم الأموال في إصلاح التلف وما زاد فإنه يرد إلىٰ الغارم والد الطفل.

مثال آخر: أتلف جزءًا من البستان، فدفع أرش الإتلاف؛ فهل الأرش للموقوف عليه يستحقه كما يستحق منافع العين؟ أم عليه أن يشتري ما يكمل ما نقص من إتلاف الوقف؟ الأصح الثاني؛ أن يشتري به شقصًا يكمل ما نقص من إتلاف الوقف، وإذا زاد شيئًا رجع إلىٰ المُتْلِف.

ماذا عن دية إتلاف شيء من الأمة، فهل يستحقها مالك المنفعة؟

(وإن كان العقد علىٰ منفعة خاصة لا تتأبَّد كالإجارة فلا يتبع فيه شيء من النماء المنفصل بغير خلاف) إذا استأجر عيناً ثم حدث نماء؛ فمن يستحق النماء؟ المؤجر؛ مالك العين؟ أم المستأجر؛ مالك المنفعة المؤقتة؟

مثال: استأجر دابة، ثم ولدت بعد استئجارها، لمن الولد؟ هل لمالكها المؤجر؟ أم للمستأجر؟ أولاد الدابة للمؤجر.

استأجر أشجارًا للعمل عليها، ليأخذ نماءها المنفصل؟

لو استأجر بستانًا فيه أشجار ليتروح فيه، ماذا عن ثمار البستان؟ هل له أن ينتفع بثماره؟

تفصيل المسألة

الفوائد التي تخرج من الأعيان مع بقاء أصولها ثلاثة أنواع؛ إما أن تكون:

١ ـ عينًا قائمة بذاتها: كالولد.

٢ ـ منفعة لا تقوم بذاتها: كالانتفاع بركوب الدابة والسيارة، والانتفاع بسكنى الدار.

٣ ـ أعيانًا متجددة مستهلكة مع بقاء أصولها ومتصلة بها وتستوفى منها: كالثمار واللبن فهي تستوفى من أصولها الباقية كاستيفاء المنفعة فلها حكم المنافع[١].

كما لو استأجر بستانًا فيه حظيرة دجاج وأشجار، فاستأجرها ينتفع بثمارها ويأكل بيض دجاجها والاستمتاع بالبستان وكان هذا متعارفًا عليه؛ جاز. كما جاز إكراء البهائم لمن يعلفها ويسقيها ويحتلب لبنها للحديث: «**اللبن يشرب بنفقته**».

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: كما يجري في حوائط دمشق؛ فإن البستان يكترى في المدة الصيفية للسكنى فيه وأخذ ثمره من غير عمل على الثمرة أصلًا؛ بل العمل على المكري (المالك) المضمن وعلى ذلك الأصل؛ فيجوز وإن كان الثمر لم يطلع بحال[٢].

وقال: الأرض تكون مشتملة على غراس وأرض تصلح للزرع، وربما اشتملت مع ذلك على مساكن، فيريد صاحبها أن يؤاجرها لمن يسقيها ويزرعها أو يسكنها مع ذلك إذا كان فيها أرض وغراس...[٣].

«يجوز استئجار الأرض التي فيها شجر، ودخول الشجر في الإجارة مطلقًا؛ وهذا قول ابن عقيل وإليه مال حرب الكرماني، وهذا القول كالإجماع من السلف، وإن كان المشهور عن الأئمة المتبوعين خلاف ذلك»[٤].

---

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/٧٤ ـ ٧٧)، وزاد المعاد (٤/٢٦٩).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/٧٩).

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/٥٥ ـ ٥٦).

(١) مجموع الفتاوى (٢٩/٥٩).

وقال: إذا كان المستأجر هو الذي يقوم على هذه الدواب [أي: يعلفها ويسقيها ويؤويها] فهو إجارة، وهو أولى بالجواز من إجارة الظئر.

وأما إذا كان صاحب الماشية هو الذي يعلفها ويسقيها ويؤويها؛ وطالب اللبن لا يعرف إلا لبنها وقد استأجرها ترضع سخالاً له؛ فهو مثل إجارة الظئر(١).

الدليل على أن الأعيان المتجددة لها حكم المنافع

١ ـ قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(٢). رجل طلق امرأته وله ولد منها، فأتت بمرضعة لولدها. فعلى الأب أجرة المرضعة، ومقدار اللبن ليس معروفاً بأن يكون كأس اللبن مثلًا بكذا، ولكن متعارف عليه أن الإجارة بإشباع الطفل؛ فالله ﷻ أباحه، لذا قال شيخ الإسلام ابن تيمية: إن الفائدة التي تستخلف مع بقاء أصلها تجري مجرى المنفعة، وليس من البيع الخاص؛ فإن الله لم يسم العوض إلا أجرًا(٣). إذ سمى الله تعالى قيمة ذلك أجرًا ولم يسمه ثمنًا؛ فهو إجارة. والمعقود عليه هو اللبن وهو عين تستهلك مع بقاء أصلها، والأصل هو المرأة المرضع. فلا بأس أن تستأجر شجرة وتأكل من ثمارها أي من نمائها المنفصل.

وقال: فاكتراء الشجر لأن يعمل عليها ويأخذ ثمرها بمنزلة استئجار الظئر لأجل لبنها. وليس في القرآن إجارة منصوصة إلا إجارة الظئر(٤)، كما في الآية المذكورة.

---

(٢) مجموع الفتاوى (٣٠/٢٠٠).

(٣) [الطلاق: ٦].

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/٧٤).

(٥) مجموع الفتاوى (٢٩/٧٤)، والزاد (٤/٢٦٩).

٢ ـ قال النبي ﷺ: «**الرهن يركب بنفقته، ويشرب لبن الدَّر بنفقته إذا كان مرهوناً**»[١]. فاللبن غير معروف المقدار قبل أن يُشرب ومع ذلك فالنفقة على الرهن يعتبر أجرة للركوب وللّبن سواء شرب قليلًا أم كثيرًا، فهذه أعيان متجددة منفصلة لها حكم المنافع في الإجارة، وهذا يقع على الإجارة سواء انتفع بها قليلًا أم كثيرًا.

مثال: استأجر سيارة على أن ينقد المال بعد سنة، فطلب المؤجر رهناً فرهنه عشرة من النوق، فإذا كان المؤجر المرتهن هو الذي يطعمها ويسقيها فله أن يشرب لبنها ويركب ظهرها، فكأنه استأجرها وشرب من لبنها وركب ظهرها، فهذا نماء منفصل متجدد مستهلك متصل بأصله يستوفى مقابل الذي أنفقه عليها، سواء شرب قليلًا أم كثيرًا إذ اللبن غير معروف المقدار.

٣ ـ العادة محكمة. هل في العرف والعادة استئجار الأرض والانتفاع بثمارها مدة الإجارة؟ وكذا إجارة الدابة لشرب لبنها؟ فإن كان هذا متعارفًا عليه فالعادة محكمة[٢].

٤ ـ القياس. فالإجارة تكون على الفوائد والمنافع المتجددة من الأصول الباقية. وكذا هنا: الأصول باقية مع تجدد منافعها وفوائدها.

٥ ـ جواز الوقف. الوقف: هو بقاء الأصول مع تسبيل المنافع. فجاز وقف الشجر: بأن تكون منافعه ونماؤه لجهةٍ ما مع بقاء أصله، وجاز وقف البئر: بأن يكون ماؤه لجهةٍ ما مع بقاء أصله، وجاز وقف الماشية: درها وصوفها لجهة ما

(٢) رواه البخاري (٢٥١١، ٢٥١٢).
(٣) انظر مجموع الفتاوى (٣٠/٢٠٠).

مع بقاء الأصل[١]. فجميعها تعتبر منافع، وهي أعيان متجددة.

٦ ـ جواز عارية الشجر وعارية الإبل. إذ كانوا يعيرون الإبل والغنم لأجل لبنها وتسمىٰ منيحة، وكان أهل المدينة يعيرون المهاجرين الأشجار وتسمىٰ عرية، وكان المهاجرون ينتفعون بثمار الأشجار. والعارية علىٰ المنفعة دون العين، أي تمليك للمنفعة تمليكاً مؤقتاً. فاعتبر الانتفاع بثمار الأشجار صورة من صور المنفعة[٢].

٧ ـ عمر رضي الله عنه وأرض السواد. ضرب عمر رضي الله عنه الخراج علىٰ أرض السواد وغيرها، فأقر الأرض التي فيها النخل والعنب في أيدي أهل الأرض، وجعل علىٰ كل جريب من أجربة الأرض السوداء والبيضاء خراجًا مقدرًا. والمشهور: أنه جعل علىٰ جريب العنب[٣] عشرة دراهم، وعلىٰ جريب النخل ثمانية دراهم، وعلىٰ جريب الرطب ستة دراهم، وعلىٰ جريب الزرع درهمًا وقفيزًا من طعام[٤]. فتسميته خراجًا يدل علىٰ أنه عوض عما ينتفعون به من منفعة الأرض والشجر[٥].

والمشهور عند مالك والشافعي وأحمد: أن هذه المخارجة ـ أي الخراج ـ تجري مجرىٰ المؤاجرة، وإنما لم يؤقته لعموم المصلحة، وإن الخراج أجرة الأرض. فهذا بعينه إجارة الأرض السوداء التي فيها شجر وهو مما أجمع عليه عمر والمسلمون في زمانه وبعده[٦].

---

(٢) انظر مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٧٣)، (٣٠/١٩٩، ٢٢٩).

(٣) انظر مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٧٣)، (٣٠/١٩٩، ٢٢٩).

(٤) الجريب يعدل ثمانية وأربعين صاعاً.

(٥) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٥٩ ـ ٦٠)

(٦) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٦٦).

(٧) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٦٠).

٨ ـ التبع له حكم الأصل. فإذا استأجر أرضًا فيها شجر فالشجر تبع للأرض عرفًا، والثمار تبع للشجر.

٩ ـ الحاجة. لأن إجارة الأرض جائزة، والحاجة إليها داعية، ولا يمكن إجارتها إذا كان فيها شجر إلا بإجارة الشجر، وما لا يتم الجائز إلا به فهو جائز، ولأن المستأجر لا يتبرع بسقي الشجر[١].

١٠ ـ ما لا يتم الجائز إلا به فهو جائز، وما لا يتم المباح إلا به فهو مباح. فكل ما ثبت إباحته بنص أو إجماع وجب إباحة لوازمه إذا لم يكن في تحريمها نص ولا إجماع. فقد ثبت إباحة كراء الأرض بالسنة، بخلاف كراء الشجر، فإن تحريمه مختلف فيه ولا نص عليه[٢].

١١ ـ ما تعم به البلوىٰ. غالب أموال أهل الإسلام في عهد الصحابة والتابعين ومن بعدهم هي أرضون فيها شجر تكرىٰ، ولم يكن السلف يعمرون أرضهم بأنفسهم ولا غالبهم، والمساقاة والمزارعة لا تتيسر في كل وقت لافتقارها إلىٰ عامل أمين، وكانوا يكرون الأرضين بأشجارها، ولم ينقل عن السلف أنهم حرموا هذه الإجارة، ولا أنهم أمروا بحيلة التبرع بثمارها لمن اكترىٰ الأرض[٣]. فثمارها نماء منفصل متولد من أشجارها لها حكم منافعها، فمن اكترىٰ الأرض انتفع بها وبثمار أشجارها.

١٢ ـ عدم الفرق، إذ لا فرق بين إجارة الأرض للزراعة وإجارة الشجر للثمر. فكما أن الأرض قد تنبت قليلًا وقد تنبت كثيرًا، فكذلك الشجر. والمعقود عليه

(٢) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٦٠).

(٣) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٧٠ ـ ٧١).

(١) مجموع الفتاوىٰ بتصرف (٢٩/٦٧).

هو التمكن من ازدراعها، لا نفس الزرع النابت. كذا يقال: المعقود عليه في الشجر التمكن من استثمارها (إخراج الثمر) لا نفس الثمر الخارج، ومعلوم أن المقصود في الاثنين إنما هو الزرع والثمر. وإنما يجب العوض بالتمكن من تحصيل ذلك[١]. إذ المقصود في اكتراء الأرض للزرع إنما هو نفس الأعيان (التي تحصد)[٢]، وكذا اكتراء الشجر إنما المقصود هو نفس الثمر الذي يحصد، وثمرها المحصود هو المنفعة المتولدة من أعيان الشجر الذي استؤجر لأجل هذه المنفعة.

١٣ ـ قياسًا على إجارة الدار. المقصود باكتراء الدار إنما هو السكنى، ويجب العوض بالتمكن من تحصيل ذلك[٣]، وكذا المقصود بإجارة الشجر إنما هو نماؤه من الثمر، فيجب العوض بالتمكن من تحصيل الثمر. فعندما استأجرت الدار بمقدار من المال مقابل الانتفاع، فربما تنتفع بها وربما لا تنتفع. فربما تستأجر الدار ولا تسكن فيها، لكن المؤجر مكنك من الانتفاع بها، كذلك في مسألتنا أجّرك الشجر ومكنك من الانتفاع بها وأنت ربما انتفعت من ثمرها وربما لم تنتفع.

١٤ ـ ليس في سائر النصوص وأقيستها ما يناقض هذا[٤]. وقول القائل: الإجارة إنما تكون على المنافع دون الأعيان: ليس قولا لله تعالى ولا لرسوله ﷺ ولا الصحابة ولا الأئمة، وإنما هو قول قاله طائفة من الناس[٥].

---

(٢) مجموع الفتاوى (٢٩/٧٦ ـ ٧٧).

(٣) مجموع الفتاوى (٢٩/٧٦ ـ ٧٧).

(٤) مجموع الفتاوى (٢٩/٧٦).

(٥) مجموع الفتاوى (٣٠/١٩٨).

(١) مجموع الفتاوى (٣٠/١٩٨).

ولذا يجوز في مثل هذه الإجارة الخاصة أن ينتفع من نمائها المنفصل، فينظر إلىٰ العرف هل هذا النماء المنفصل عرفًا يعتبر من المنافع؛ كاللبن والثمار؟ أم يعتبر في العرف نماء منفصلًا؟ فإذا كان في العرف نماء منفصلًا فيعتبر هذا النماء المنفصل للمالك وللمؤجر، بينما إذا كان في العرف يعتبر ضمن المنافع فهو للمستأجر.

لذا فيه رواية عن أحمد بجواز دفع الماشية إلىٰ من يعلفها ويسقيها بجزء من درها ونسلها، والرخصة في إجارة الظئر للرضاع مذهب مالك وغيره[١].

القسم الثاني: (وأما عقود غير التمليكات المنجزة) قال المؤلف: غير التمليكات المنجزة، ولم يقل: التمليكات غير المنجزة، أي هي عقود إما وضعت للتملك غير المنجز فتؤول إلىٰ التمليك أو وضعت لغير التملك. فهي نوعان:

١ ـ فإما وضعت للتملك غير المنجز فتؤول إلىٰ التمليك: فهي تمليكات معلقة بشرط أو صفة، كالوصية بالعتق، والمدبرة، والمكاتب، والعتق المعلق بشرط؛ فإذا توفرت الشروط تملكها.

٢ ـ وضعت لغير تمليك العين ولكنها ربما تؤول إلىٰ تملك العين كالرهن إذا لم يوفّ ما عليه بشروطه، أو ليس فيها تمليك للعين كالرهن والوديعة والعارية.

(فنوعان: أحدهما: ما يؤول إلىٰ التملك) فهذا النوع الأول: وهي العقود التي وضعت للتمليك غير المنجز، فهو عقد تمليك معلق بشرط أو صفة. فإذا توفر الشرط أو الصفة حصل التملك. من صوره أن يوصي بالسيارة لعمرو بعد زواجه.

وهو قسمان: إما أن يكون العقد لازمًا، أو غير لازم.

---

(١) مجموع الفتاوىٰ (٣٠/١٩٨).

القسم الأول: العقد اللازم

(فما كان منه لازمًا: لا يستقل العاقد أو من يقوم مقامه بإبطاله من غير سبب) كمن وصىٰ بوقف بناية وعلقها بشرط قدوم فلان من السفر بعد موته. فإذا مات أصبح عقداً لازماً ولكن لا ينجز إلا بتوفر الشرط كقدوم فلان من السفر، فلا يجوز أن يبطل العقد بعد وفاة العاقد.

كمن كاتب عبده علىٰ العتق بشرط أن ينتظر به إلىٰ البلوغ، فإذا كاتب عبده لم يجز له الرجوع، ويصبح عقداً لازماً لكنه غير منجز، وموقوف علىٰ أداء المكاتب قسطه.

(فإنه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها) فالنماء المنفصل يتبع العين.

أمثلة

فلو ولدت المكاتبة قبل استكمال الأقساط التي عليها فولدها ليس لسيدها وإنما يتبعها، ولو اكتسبت وعملت فلها كسبها.

وإيراد العمارة الموقوفة قبل توفر شرط رجوع فلان يصرف مصرف الوقف، ولكن ينتظر به بعد وصول فلان.

۞ الأدلة

١ ـ التبع له حكم الأصل. فالعقد لازم لا يجوز الرجوع في المعقود عليه، والمعقود عليه أصل فما نتج عنه تبع له.

٢ ـ المعقود عليه سواءً كان وصية وغيرها خرج عن مُلك العاقد للزوم العقد، وهو غير مملوك للورثة، ولم يبق إلا أن يتبع أصله.

٣ ـ قياسًا على البيع ؛ فلو نما بعد العقد فإنه لا يتبع المالك الأول ، وكذلك هنا لا يتبع المالك الأول.

٤ ـ لا سيما إذا كان العقد مع الله تعالى كالعتق ؛ فهو واجب لحق الله تعالى ، لا يتوقف على قبول أحد.

أما لو توقف على قبول أحد كالوصية فإنه موقوف على قبوله.

٥ ـ الوقف: إذا وقف عقاراً واشترط إنفاق ريعه على طلبة العلم ثم لم يجد طالباً إلا بعد مدة فإنه لا يرجع بريعه إلى واقفه خلال هذه المدة وإنما ينتظر به وجود الشرط وهو طالب العلم لينفقه عليه.

(ويندرج في ذلك صور:

منها المكاتبة فتملك أكسابها ويتبعها أولادها بمجرَّد العقد) وهي الأمة التي تعقد مع سيدها لعتقها إذا أدت ما عليها من المال المعقود عليه. فإذا عملت أجيرة بعد عقد الكتابة مباشرة فكسبت مالًا وهو نماء منفصل من غير العين فلها ما كسبته ، وإذا ولدت بعد العقد فهو نماء منفصل من العين فيتبعها أولادها.

(ومنها: المكاتب) وكذا العبد المكاتب يملك كسبه خلال فترة المكاتبة وقبل أداء كل ما عليه من أقساط.

(ومنها: الموصى بعتقه) إذا وصى بعتق فلان بعد موته ثم مات الموصي وقبل أن يعتقه الورثة كَسَب العبد شيئًا ؛ فإن له ما كسبه ، أو ولدت الأمة الموصى بعتقها تبعها ولدها.

(والمعلق عتقه بوقت أو صفة بعد الموت) المعلق عتقه بوقت ، كمن قال لعبده:

أنت حر بعد موتي بسنة.

المعلق عتقه بصفة: كمن قال لعبده: إذا بلغت بعد موتي فأنت حر.

فعتقه لازم؛ لا يستطيع الورثة إبطال عتقه. فإذا كسب شيئاً بعد موت الموصي وقبل توفر الشرط أو الصفة فإنه يتبعه وليس للورثة.

(والموصىٰ بوقفه إذا نما بعد الموت وقبل إيقافه) إذا قال: العمارة وقف بعد موتي بسنة. فإنها لا تدخل في ملك الورثة: إذ لو دخلت في ملكهم لما أمكن وقفها بعد سنة لتملكهم لها، وخرجت من ملك الميت لموته. فالعقد لازم بعد سنة: وهو الوقف، فنماؤها يتبع الوقف، فيصرف مصرف الوقف؛ وهو الذي رجحه شيخ الإسلام ابن تيمية.

(والموصىٰ به لمعيَّن يقف علىٰ قَبوله له ونمائه) وصىٰ العمارة لفلان. فمات الموصي، وعرضت العمارة علىٰ الموصىٰ له لقبولها؛ ماذا عن نمائها بعد موت الموصي وقبل أن يقبلها؟ تتبع أصلها، فإذا قَبِلها أخذها ونماءها.

(ومنها: النذر والصدقة والوقف إذا لزمت في عين لم يجز لمن أخرجها عن ملكه أن يشتري شيئًا من نتاجها) نذر شاة أضحية ثم ولدت قبل التضحية بها؛ هل يجوز له أن يشتري ولدها؟ لا يجوز؛ لأنه يتبعها إذ قال النبي ﷺ: «**العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه**»(١). فولدها كذلك أضحية إذا توفرت فيه شروط الأضحية، وإلا أجل إلىٰ السنة القادمة ليضحي به.

وقد تصدق عمر رضي الله عنه ببعير فلم يعتن به المتصدق عليه، فأراد عمر أن يشتريه فمنعه النبي ﷺ من ذلك؛ قال عبد الله بن عمر رضي الله عنهما تصدق عمر بن الخطاب

---

(١) رواه البخاري (٢٥٨٩).

بفرس في سبيل الله ، فوجده يباع فأراد أن يشتريه فأتىٰ النبي ﷺ فاستأمره فقال: «**لا تعد في صدقتك**» . فلذلك كان ابن عمر رضي الله عنهما لا يترك أن يبتاع شيئًا تصدق به إلا جعله صدقة[١] .

نذر ناقة ليضحي بها؛ ماذا لو أكراها قبل يوم التضحية؟ ماذا يفعل بالكراء؟ لا يجوز له امتلاكه؛ لأنه أخرجها عن ملكه بنذره.

وكذا من اشترىٰ ناقة بقصد أن يوقفها لله تعالىٰ فوقفها لله تعالىٰ ، فلزمت ولا يجوز فسخه ، ثم بعد شرائها تبين فيها عيب ، فأخذ أرشها فلمن أرشها؟ يتبع الناقة لأنها نذر ، ويشتري به ناقة أخرىٰ ، وإذا لم يوف ثمن ناقة تصدق به لله تعالىٰ في نفس الجهة الموقوف عليها.

(وأما ما كان منها غير لازم ويملك العاقد إبطاله) ليس من عقود التملك المنجزة ، وإنما يؤول إلىٰ التمليك ، ولكنه العقد غير لازم ، ويمكنه إبطال العقد.

كالمدبر: علق عتق أمته المزوجة علىٰ موته ، فولدت قبل وفاته؛ فمن يملك الولد؟ هل يملكه سيدها؟ أم يتبع أمه فيكون مدبراً؟

التدبير قبل وفاة السيد عقدٌ غيرُ منجز لأنه معلق بوفاته ، وهو عقد غير لازم إذ يمكن للسيد التراجع عنه قبل وفاته؛ فقد باع النبي ﷺ المدبر وقضىٰ بثمنه دين السيد قبل وفاته.

ماذا لو اكتسب العبد المدبر قبل وفاة السيد؟ فإنه للسيد ولا يتبع حكم التدبير ، فنماؤه لا يتبع التدبير؛ لماذا؟ لعدم خروج المدبر عن ملك السيد.

كمن علق وقفه لناقته بشرط ، ثم اكتسبت الناقة بأن استعملت للكراء قبل توفر

(١) رواه البخاري (١٤٨٩) ، ومسلم (١٦٢٠).

الشرط؛ لمن الكراء؟ الكراء ليس له حكم الوقف لعدم خروج الناقة عن ملك الواقف حال الاكتساب لعدم توفر الشرط.

(ويملك العاقد إبطاله: إما بالقول) كأن يصرح بأنه تراجع عن وقفه قبل توفر الشرط، أو يصرح بأنه تراجع عن تدبير عبده.

(أو بمنع نفوذ الحق المتعلِّق به بإزالة الملك من غير وجوب إبدال) كأن يبيع العبد المدبر: فببيع العبد المدبر يزول ملك السيد عن العبد قبل وفاته، ففسخ عقد التدبير، فلا ينفذ التدبير بعد موته، ولا يجب عليه أن يُوجِد بدلاً له، فقد باع النبي ﷺ ذاك العبد المدبر ولم يوجب عليه بدلاً.

(فلا يتبع فيه النماء من غير عينه) سبق البيان أن النماء نوعان:

١ ـ إما من غير ذات العين كالكسب بالكراء والإجارة.

٢ ـ وإما من ذات العين، كالولادة والثمار.

النوع الأول

فإذا كان النماء من غير ذات العين سواءً كان كسباً أو أرشاً أو غير ذلك فلا يتبع العين. فالكسب لا يتبع العبد المدبر وإنما يتبع السيد، ولا يتبع الناقة وإنما يتبع مالك الناقة.

وإذا علق هبة سيارته لأخيه بمجيء أخيه من السفر، فأجرت السيارة قبل مجيء أخيه؛ فالكسب ـ الأجرة ـ لمالكها.

النوع الثاني: النماء من ذات العين كالولادة والثمار.

(وفي استتباع الولد خلاف) من صوره إذا ولدت الأمة المدبرة قبل وفاة سيدها:

هل يتبعها ولدها في التدبير ؛ فإذا مات سيدها عتق ولدها معها ؟ أم لا يتبعها في التدبير ؛ فلا يعتق بموت السيد ؟

وإذا ولدت الناقة المعلق هبتها بمجيء أخيه ؛ هل يتبعها ولدها في الهبة ؟ أم لا يتبعها ، فولدها للمالك ولا يخرج عن ملكه ولو بمجيء أخيه ؟

(ويندرج تحت ذلك صور: منها: المدبَّرة ، فإنه يتبعها ولدها على المشهور) رجل يملك أمة فدبرها بقوله: إذا أنا مت فهي حرة. فهذا عقد غير لازم معلق بوفاته ، فيستطيع التراجع قبل وفاته. ومما يدل على هذا أن صحابيًا دبّر عبده فباع النبي ﷺ العبد قبل وفاة الصحابي ؛ فعن عن جابر بن عبد الله قال: بلغ النبي ﷺ أن رجلًا من أصحابه أعتق غلامًا له عن دبر لم يكن له مال غيره ، فباعه بثمان مائة درهم ، ثم أرسل بثمنه إليه[(١)].

فإذا عملت الأَمَة وكسبت فالأموال لمالكها وليست لها ؛ لأنها لم تملك نفسها. فإذا ولدت هذه الأمة خلال فترة التدبير وسيدها لم يمت بعد ؟ فيه خلاف على قولين:

القول الأول: أن الولد يتبع الأمة ، فإن مات سيدها فأولادها أحرار ؛ وهذا هو المشهور من المذهب.

القول الثاني: إذا مات سيدها أصبحت حرة ، بينما أولادها في ملك سيدها إلا إذا أعتقهم ، وإن لم يعتقهم ورثهم الورثة.

قال ابن رجب في الأصل: «إن هذا الخلاف منزل على أن التدبير هل هو لازم أم لا ؟

---

(١) رواه البخاري (٧١٨٦)، ومسلم (٩٩٧).

فإن قيل بلزومه: تبع الولد. وإلا [إن لم يقل بلزوم العقد ولزوم التدبير] لم يتبع». وهذا القول الأخير هو الراجح لعدم لزوم التدبير كما في الحديث السابق.

(والمعلَّق عتقها بصفة إذا حملت وولدت بين التعليق ووجود الصفة ففي عتقه معها وجهان): سيد علق عتق أمته ببلوغها سن الأربعين، فولدت قبل الأربعين؛ هل يتبعها ولدها في العتق؟ أم يعتبر رقيقًا ولو عتقت أُمُّه؟ الأرجح أنه أصبح عينًا قائمة بذاتها بعد ولادته قبل لزوم العقد فلا يعتق، إلا إذا نوى السيد ذلك، أو كان معروفًا عندهم؛ فالعادة محكمة.

الدليل على عدم لزوم العقود المعلقة على شرط قبل توفر شرطها إلا لقرينة

١ ـ بيع النبي ﷺ للعبد المدبر. فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أن رجلًا أعتق غلامًا له عن دبر، فاحتاج، فأخذه النبي ﷺ، فقال: **«من يشتريه مني»**؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا فدفعه إليه[١]. فباع النبي ﷺ العبد قبل توفر شرط وفاة سيده وقضى دين سيده.

٢ ـ هو معلق بشرط. فلما لم يتوفر الشرط كان العقد غير لازم لعدم توفر الشرط، إذ العقد المعلق بشرط لا يصح إلا بتوفر الشرط. والشرط ما يلزم عدمه عدم الحكم، فلا يتحقق حكم الشيء إلا بتوفر الشرط، فكأن العقد غير موجود ما دام الشرط غير موجود.

٣ ـ كمن طلق امرأته طلقتين، وعلق الثالثة على شرط، فجميع أفعالها وعلاقتهما ببعضهما صحيحة، وجماعه لها صحيح وحلها له، وعطيتها، وَحْمْلُها، ووجوب نفقته عليها وسكنها عليه صحيح. فإذا توفر الشرط طلقت طلقة باتة، ولا يقال:

---

(١) رواه البخاري (٢١٤١)، ومسلم (٩٩٧).

إن ما قبل توفر الشرط يتبع ما بعد توفره.

٤ ـ الأصل عدم وجوب شيء ولزومه إلا بدليل أو التزام، بينما هنا لم يلزم نفسه، إنما علق الالتزام بتوفر الشرط.

٥ ـ تعريف الشرط: كل وصف ظاهر منضبط مكمل لمشروطه، يلزم عدمه عدم الحكم، ولا يلزم وجوده وجود الحكم. وقيل: ما يتوقف ثبوت الحكم عليه[١]. وقيل عرفًا: ما يتوقف عليه وجود الشيء سواءً كان داخلًا أو خارجًا[٢]. فقبل توفر الشرط كان منعدماً فلا يلزم الحكم بل ويعدم الحكم فلا وجود للحكم؛ فيبقىٰ علىٰ أصله.

(النوع الثاني: عقود موضوعة لغير تمليك العين) النوع الثاني من عقود غير التمليكات المنجزة: وهي العقود التي وضعت لغير تمليك العين لا تمليكاً منجزاً ولا معلقاً ولا يملك كالوديعة والعارية. فالوديع لا يملك العين ولا المستعير يملك العارية. ولكن في هذا النوع من العقود ربما يؤول إلىٰ تملك العين بالرغم من كونه لم يوضع لتملكها كالرهن.

(فلا يملك بها النماء بغير إشكال) فالمرتهن لا يملك النماء المنفصل سواءً المتولد من ذات العين أم بسببها، فلا يملك ولد العين المرهونة ولا كسب العين المرهونة. وكذا الوديع والمستعير.

مثال: اقترض ألف دينار، فطلب المقرض خيلاً رهناً، فتوالد الخيل عند المرتهن؛ فمن يملك ولد الخيل؟ المالك لها هو المالك للأصل وهو الراهن وليس المرتهن. وكذا يقال فيمن استعار خيلًا فولدت، فالولد للمعير مالك الخيل.

---

(٢) التعريفات للجرجاني (١٩).

(١) الكليات للكفوي (٥٣١).

(إذ الأصل لا يملك فالفرع أولىٰ).

فالمرتهن لا يملك الرهن فلا يملك فرعها، إذ الفرع يتبع الأصل. والوديع لا يملك الوديعة، فلا يملك فرعها. والمستعير لا يملك العارية، فلا يملك فرعها.

المسألة فيها تفصيل:

ما المقصود بالنماء في «فلا يملك بها النماء بغير إشكال»؟

❋ **أولاً**: هل المقصود به: لا يملك النماء المنفصل من ذات العين كالولد؟ فهذا صحيح. فالمرتهن لا يملك ولد الرهن، والأجير كالراعي هو أمين علىٰ الماشية فلا يملك ولدها، ومستأجر الناقة لا يملك ولدها، والوديع لا يملك ولد الوديعة، ومستعير الناقة لا يملك ولدها، وقابض الناقة علىٰ وجه السوم لا يملك ولدها إذا ولدت عنده.

❋ **ثانياً**: أم المقصود: لا يملك نماءها المنفصل الذي هو عرفًا في حكم المنافع كالثمر واللبن؟ هذا فيه نظر، بل ينظر إلىٰ القصد من العقد، فالعقود بمقاصدها. فالأصل أن المرتهن للشجر والأجير القائم عليها والوديع للشجر وقابضها علىٰ وجه السوم لا يملكون ثمارها، ولكن يملكونها في أحوال:

١ ـ إذا أنفق عليها لقول النبي ﷺ: «**الرهن يركب بنفقته، ويشرب لبن الدَّر بنفقته إذا كان مرهوناً**»[(١)].

٢ ـ المستأجر لأجل نمائها المنفصل المتعارف عليه والذي في حكم المنافع كالثمار واللبن: فهو قد عقد عليها ليمتلك منفعتها نفعًا مؤقتًا، فيدخل نماؤها المنفصل في المنافع، فتعتبر ثمارها ولبن الماشية من منافعها، وقد سبق تفصيله.

---

(١) رواه البخاري (٢٥١١، ٢٥١٢).

٣ ـ وكذا المستعير. فمستعير الناقة ينتفع بلبنها كما قال النبي ﷺ: «نعم المنيحة اللِّقحة الصفي منحةً، والشاة الصفي تغدو بإناء وتروح بإناء»[(١)]. قال ابن حجر: المراد بها عارية ذوات الألبان ليؤخذ لبنها ثم ترد هي لصاحبها. اهـ

وقال النبي ﷺ: «أربعون خصلة أعلاهن منيحة العنز؛ ما من عامل يعمل بخصلة منها رجاء ثوابها وتصديق موعودها إلا أدخله الله بها الجنة»[(٢)].

ومستعير النخلة يمتلك ثمارها، كما فعل المهاجرون عندما استعاروا شجر الأنصار، كما في قصة أم أيمن رضي الله عنها وغيرها إذ أعطت أم سليم رسول الله ﷺ عذاقاً فأعطاهن أم أيمن، فلما فرغ رسول الله ﷺ من قتال أهل خيبر فانصرف إلىٰ المدينة رد المهاجرون إلىٰ الأنصار منائحهم من ثمارهم فرد النبي ﷺ إلىٰ أم سليم عذاقها[(٣)].

* **ثالثاً**: أم المقصود: لا يملك النماء المتولد من غير ذات العين واستحق بسبب العين؛ ككسب العين المستأجرة؟ وهذا فيه نظر، فينظر إلىٰ القصد من العقد:

فالمستأجر ربما يؤجرها مرة أخرى ويملك كراءها. كمن استأجر ناقة ثم أجرها لغيره فهو يملك أجرة كرائها، ومن استأجر سيارة ثم أجرها لغيره فهو يملك كراءها.

المسألة الثانية

(ولكن هل يكون النماء تابعًا لأصله في ورود العقد عليه)؟

المرهون: إذا حملت الناقة المرهونة ثم ولدت؛ هل ولدها يتبعها في العقد فيكون

(٢) رواه البخاري (٢٦٢٩).

(٣) رواه البخاري (٢٦٣١).

(١) رواه البخاري (٢٦٣٠).

رهنًا مع أمه؟

الأجير: لو كان راعيًا للغنم فحملت الغنم ثم ولدت؛ هل يكون ولدها تابعًا لها في ورود العقد عليه فيجب عليه رعي ولدها؟ أم لا يلزمه رعيها؟

المستأجر: لو استأجر ناقة مدة سنتين ثم حملت خلالها وولدت؛ هل ولدها يتبعها في عقد الاستئجار؟ فهل له الانتفاع بولدها؟

الوديعة: لو أودعت ناقة ثم حملت وولدت خلال مدة الوديعة؛ هل يعتبر ولدها وديعة؟ أم لا؟

العارية: لو استعار ناقة ثم حملت وولدت؛ هل له الانتفاع بولدها؟

المسألة الثالثة

(وفي كونه مضمونًا أو غير مضمون)؟

الرهن: هل ولد الرهن مضمون على المرتهن؟

المستأجر: هل يضمن أولاد الناقة التي ولدت بعد العقد؟

الوديعة: هل يضمن أولاد الناقة الوديعة؟

العارية: هل يضمن أولادها؟

لمعرفة الإجابة ينبغي معرفة بعض المسائل:

❋ **أولاً**: النماء المنفصل ثلاثة أنواع:

أ ـ متولد من ذات عين، ويعتبر عينًا قائمًا بذاته: كولد الأمة، وولد الناقة.

ب ـ متولد من ذات عين، وله حكم المنافع: كالثمار، واللبن على قول.

جـ ـ متولد من غير ذات العين إما بالكسب كالأجرة أو استحق بسببها كالأرش.

❊ **ثانياً**: العقد إما أن يقصد به:

١ ـ العين: كالرهن والوديعة، والمقبوض على وجه السوم، ورعاية العين كرعي الغنم وحراسة الأصول والأعيان؛ فالعين هي المقصود بالرعاية والحراسة.

فعين الرهن هي المقصودة للتوثقة، وعين الوديعة هي المقصودة للحفظ؛ وعين المقبوض على وجه السوم هي المقصودة بالسوم. فما يقصد به العين من العقود فإنه يَرِد على ما تولد من ذات العين وما استحق بسببه كالأرش، إلا ما كان منها في حكم المنفعة كاللبن والثمار. فولد الرهن يعتبر رهناً مع أصله، وكذا ولد الوديعة وديعة مع أصله، وكذا ولد الغنم بين يدي الراعي.

٢ ـ المنفعة: كالمستأجَر والعارية. فالعين المستأجرة يقصد بها منافعها، وكذا العارية. فما يرد على المنفعة من العقود لا يرد على الأعيان المتولدة من ذات العين؛ لأن العقد ورد على المنافع لا على الأعيان المتولدة من العين، فهو ورد على أحد فروع العين وهو المنفعة المعقود عليها، بينما العين المتولدة من عينها فرع آخر لها ولا يعتبر منفعة، وهو قائم بذاته.

فإذا استأجر ناقة فولدت فإن عقد الإجارة لا يسري على ولدها، وإذا استعار ناقة فولدت فلا يدخل الولد في عقد العارية.

ثالثاً: إذا عقد على العين فإن نماءها المنفصل المتولد من ذات العين وقائماً بذاته لا يخرج عن العقد إلا لقرينة، كنماء الرهن المنفصل: فعلة الرهن استيفاء الدين من المرهون إذا تعذر استيفاؤه من المدين، فإذا كان نماؤه لم ينقص من قيمة الرهن خرج حينئذ عن كونه رهنًا؛ لأن الحكم يدور مع العلة وجودًا وعدمًا.

بينما إذا كان نماؤه أنقص من قيمته «كأرش الجناية» فإن الكسب يرد عليه العقد؛ لأن الحكم يدور مع العلة وجودًا وعدمًا.

مثال: اشترىٰ من عمرو عقاراً بالتقسيط علىٰ أن يسددها خلال عشر سنوات، فطلب عمرو رهنًا، فرهنه زيد خيلًا فولدت الخيل؛ فهل يعتبر الولد رهناً؟ فالعقد علىٰ العين، فما توالد عنه يجري عليه العقد ولا يخرج إلا لقرينة. وهنا وُجدت قرينة وهي علة الرهن؛ فما علة الرهن؟ استيفاء الحق إذا تعذر المدين. هل نقص من ثمن الخيل عندما ولدت؟ إذا لم ينقص ثمنها خرج الولد عن كونه رهنًا؛ لأن الحكم يدور مع العلة وجودًا وعدمًا.

(فإن كان العقد واردًا علىٰ العين وهو لازم فحكم النماء حكم الأصل) العقود الواردة لغير التمليك المنجز للعين إما أن تكون:

أ ـ لازمة علىٰ العين كالرهن.

ب ـ لازمة علىٰ المنفعة كالإجارة.

جـ ـ غير لازمة علىٰ العين كالوديعة.

د ـ غير لازمة علىٰ المنفعة كالعارية.

هـ ـ لازمة في الذمة كضمان الدين.

إذا كان العقد لازماً علىٰ العين كالرهن والأجير القائم علىٰ الماشية. فحكم النماء المنفصل القائم بذاته تابع لحكم الأصل.

أما الأجير فحكم ولد الماشية حكم أصلها، فيجب عليه أن يقوم علىٰ ولد الماشية. وكذا ما تولد من الرهن من ولد أو كسب أو أرش فهو رهن كذلك.

الراجح:

١ ـ إذا كان منصوصاً عليه بدخوله في العقد أو بخروجه عن العقد فيلتزم بما نص عليه.

٢ ـ إذا كان متعارفاً عليه بالدخول أو الخروج فيجري عليه العرف «العادة محكمة».

٣ ـ إذا لم ينص عليه ولم يتعارف عليه فما ورد على العين وهو لازم فحكم النماء المنفصل القائم بذاته حكم الأصل ما لم تخرجه القرينة.

فولد الماشية يتبعها في الرعي. بينما النماء في الرهن أخرجته القرينة وهي أن علة عقد الرهن استيفاء الدين من العين إذا لم يوفه المدين، فإذا كانت قيمة الرهن توفي الدين لم يبق للنماء ما يقتضي جريان العقد عليه فخرج من عقد الرهن إذ «الحكم يدور مع العلة وجودًا وعدمًا».

(وإن كان غير لازم فلا يكون النماء داخلًا في العقد) العقد غير اللازم إما أن يكون معقودًا على العين أو على المنفعة.

❊ **أولاً**: المعقود على العين؛ كالوديعة، فهو عقد وارد على العين ولكنه غير لازم في حق الوديع. فإذا أودع ناقة عند جاره ثم ولدت فولدها لا يجري عليه العقد؛ فلا يعتبر وديعة.

والصحيح أنه يجري عليه العقد، ما لم يرجعه الوديع إلى مالكه.

والدليل

أ ـ أن الفرع يتبع الأصل وله حكم الأصل.

ب ـ قياساً على العقد اللازم.

❋ **ثانياً**: المعقود على المنفعة ؛ كالعارية ، فهو عقد وارد على المنفعة ولم يرد على العين وهو غير لازم في حق المالك. كولد العارية وولد المنيحة: فلا يكون داخلًا في العقد. لأن العقد ورد على المنفعة ولم يرد على العين ، والولد عين قائمة بذاتها ؛ خارج عن المنفعة ، ولا في حكم المنفعة إلا إذا كان دخوله متعارفاً عليه أو منصوصاً عليه.

(أو لازمًا لكنه معقود على المنفعة من غير تأبيد فلا يكون النماء داخلًا في العقد) كالإجارة ، فهو مقصور على المنافع المعقود عليها سواءً الأصل أو ما تولد عنه مما هو في حكم المنافع المعقود عليها كثمار الشجر ولبن الدابة المستأجرة لعموم منافعها. فالمستأجر استأجر العين «الناقة» لأجل الانتفاع بها من غير تأبيد ؛ ماذا عن ولد الناقة؟ لا يدخل ولد الناقة في عقد الاستئجار. فلا يحق للمستأجر أن ينتفع بولد الناقة لأن العقد على المنفعة وهي فرع خاص من فروع الأصل بخصوصه، وولد الناقة فرع آخر للأصل وهو عين قائمة بذاتها تتبع الأصل وليست في حكم المنافع.

(أو على ما في الذمة فلا يكون النماء داخلًا في العقد) كعقد الضمان. لو ضمنت امرأة دين أخيها ، فهو حق تعلق في ذمتها وليس في عينها ، فإذا ولدت المرأة ؛ فهل ولدها يعتبر ضامنًا معها؟ لا يدخل ولد المرأة في عقد الضمان لأن الضمان حق تعلق في ذمتها وليس في عينها كسائر عقود المداينات. ثم الفرع أصل آخر وهو عين قائمة بذاتها وله ذمة منفصلة عن ذمة العاقد ؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ ، ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ ، فلا يجري عليه العقد.

(وهل يكون تابعًا للأصل في الضمان وعدمه؟ فيه وجهان) هل يضمن النماء المنفصل كما يضمن الأصل أم لا يضمنه؟ فهل يضمن المرتهن نماء الرهن المنفصل؟ وهل يضمن المستأجر نماء العين المستأجرة؟ وهل يضمن الوديع

نماء الوديعة ؟ وهل يضمن المستعير نماء العارية المنفصل ؟

فيه وجهان هما:

الأول: يتبع الأصل في الضمان ؛ فإذا كان الأصل مضموناً فالنماء مضمون وإن لم يكن الأصل مضموناً فالنماء ليس مضموناً.

الثاني: لا يتبع الأصل في الضمان. وإنما حكمه كمن أطارت الريح ثوباً إلىٰ داره. فإن كان الأصل مضموناً فالنماء ليس مضموناً.

تنقسم المسألة إلىٰ قسمين:

القسم الأول: إذا خرج عن جريان العقد عليه ؛ أي كان العقد ليس عليه وإنما علىٰ شيء آخر. كولد المرهون والمستأجر والعارية الذي هو عين قائمة بنفسها وليست منفعة ، إذا العقد علىٰ المرهون أو المستأجر أو العارية وليس علىٰ نمائه المبحوث في المسألة ؛ فهذا القسم له حالتان:

الحالة الأولىٰ: إذا تمكن من تسليمه لمالكه ولم يسلمه إياه أو لم يمكنه من قبضه ؛ فما دام في يده فيده يد ضامنة.

مثال: إذا ولدت الخيل المستأجرة ؛ هل يضمن ولد الخيل ؟ يُنظر إلىٰ المستأجر ؛ لماذا لم يسلم المالك ولد الخيل ؟ هل تمكن ؟ فإذا تمكن من تسليمه ولم يسلمه إياه أو لم يمكنه من قبضه ؛ فهو ضامن له.

الدليل

١ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ لَهَا﴾[1] ، وتمكينه من قبضه

---

(٢) [البقرة: ٢٨٦].

في وسعها ؛ فهو مكلف بضمانه.

٢ ـ قال تعالىٰ: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾[١] ، وتمكينه من قبضه هو مما آتاها ؛ فهو مكلف بضمانه.

٣ ـ قال تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[٢] ، فالأمر يفيد الوجوب ، والوجوب يفيد الفورية ، أي يجب عليه فورًا أن يؤدي هذه الأمانة ، فهذا لم يؤد الأمانة بل حبسها عن مالكها فهو مفرط ؛ فهو ضامن.

٤ ـ قال النبي ﷺ: «**إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا**»[٣] ، فهي محرمة عليه ، فهو غاصب لها.

٥ ـ قال النبي ﷺ: «**أدِّ الأمانة إلىٰ من ائتمنك ، ولا تخن من خانك**»[٤] ، فهذه أمانة فوجب أداؤها.

٦ ـ إذا لم يسلمه فيده يد غاصب ، غير مأذون له فيها ، والقاعدة الفقهية: «كل يد ترتبت علىٰ يد الغاصب فهي يد ضمان» ؛ فكيف بالغاصب.

٧ ـ القاعدة الفقهية: «المفرط ضامن» ، فهو مفرط في حبسه عنده وعدم تسليمه إياه.

٨ ـ القاعدة الفقهية: «متىٰ فرط العامل في المال أو اعتدىٰ عليه فعليه الضمان» ،

(٢) [الطلاق: ٧].
(٣) [النساء: ٥٨].
(٤) رواه البخاري (٥٥٥٠)، ومسلم (١٦٧٩).
(١) رواه أبو داود (٣٥٣٥) والترمذي وحسنه (١٢٦٤)، وصححه الحاكم (٢/٤٦) والشيخ الألباني في الإرواء (١٥٤٤).

وهو هنا قد فرط في حبس النماء عنده، وعدم تسليمه إلىٰ مالكه، أو عدم تمكين المالك من قبضه.

الحالة الثانية: إذا لم يتمكن من تسليمه إياه.

كخيل الرهن إذا ولدت عنده ليلًا أو ولدت الناقة المستأجرة ولم يتمكن من الاتصال بمالكه منتظرًا الوقت المناسب فله حالتان:

الأولىٰ: لم يفرط ولم يتعد، فلا ضمان عليه.

۞ الأدلة

١ ـ قال الله تعالىٰ: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ لَهَا﴾[١]، وهذا ليس في وسعه.

٢ ـ قال تعالىٰ: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ﴾[٢]، فالله ﷻ رفع عنه التكليف.

٣ ـ قال تعالىٰ: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍۚ﴾[٣]، فهو محسن في كون النماء نما في ملكه وسعىٰ هو في حفظه إلىٰ حين تمكينه من الاتصال بمالكه.

٤ ـ أن يده لا تعتبر يد غاصب.

٥ ـ القاعدة الفقهية: «المتولد من الفعل المأذون فيه لا يكون مضمونًا»[٤]، فهذا مأذون فيه فلا يكون ضامنًا له.

الثانية: إذا فرط أو تعدىٰ، فعليه الضمان؛ لما سبق من الأدلة في الحالة الأولىٰ.

---

(٢) [البقرة: ٢٨٦].

(٣) [الطلاق: ٧].

(٤) [التوبة: ٩١].

(١) قواعد الضمان د. حمد الهاجري (٢/٥٧١، ٥٧٤) [الكاساني (٧/٣٠٥)، فتاوىٰ الشيخ السعدي (٧/٣١١، ٤٠٩)، وابن عثيمين في منظومة أصول الفقه (١٥)].

القسم الثاني: إذا جرىٰ عليه عقد الأصل: كولد الماشية التي هو عليها أجير علىٰ رعايتها وما ينتج عنها، أو وديع علىٰ خيله وما ينتج عنها، أو المقبوض علىٰ وجه السوم كمن قبض خيلاً حاملاً، أو بعقد فاسد. فحكم ضمان النماء حكم ضمان الأصل؛ لأن العقد جارٍ عليه.

الدليل: التبع له حكم المتبوع.

(ويندرج تحته صور؛ منها: المرهون) العقد وارد لحبس العين عند المرتهن يستوفىٰ منه الدين عند تعذر استيفائه من الراهن.

❋ **أولاً**: إن كان متولداً من ذات العين:

١ ـ إن كان النماء قبل العقد ولم ينص عليه العقد؛ فلا يرد عليه لأنه انفصل عنه قبل العقد، إلا إذا كان متعارفًا عليه.

٢ ـ وإن كان بعد العقد؛ فينظر إلىٰ علة العقد والمقصد منه. فعقد الرهن لاستيفاء حق المرتهن من الرهن إذا لم يوف الراهن:

أ ـ فإذا كانت قيمة الرهن توفي حق المرتهن فإنه لا يدخل في العقد. وإذا كان المتولد ينقص من قيمتها ولا يستوفىٰ حقه دخل في الرهن لأن «الحكم يدور مع العلة وجودًا وعدمًا».

ب ـ ويرجع فيه إلىٰ العرف إذ «العادة محكمة».

❋ **ثانياً**: ما كان متولدًا من كسبه. يقال فيه كالقول في المتولد من عينه، فهو يرجع إلىٰ العرف.

مثال: لو رهن عقاراً ليستوفي حقه من ثمنه إذا ماطل الراهن ولم يوف دينه، وثمنها

يوفي الدين. فأجرتها يتصرف فيها مالكها، ولا يجري عليها عقد الرهن إلا إذا كان متعارف عليه أن أجرتها رهن معها.

* **ثالثاً**: ما استحق بسببها؛ كالأرش، فهذا ينقص من قيمتها، بينما العقد للاستيفاء من قيمتها عند تعذر الاستيفاء من الراهن فهو داخل في المرهون.

۞ **الخلاصة**: **أن العقد وارد على العين، والعلة فيه الاستيفاء من العين**، فإذا كان المتولد ينقص من قيمتها فإن ما تولد عنها يكون رهنًا معها.

رابعاً: أما الضمان: إذا تمكن المرتهن من تسليم النماء المنفصل الذي لا يجري عليه العقد إلى الراهن ولم يسلمه فإن المرتهن ضامن له، وأما إذا لم يتمكن من تسليمه فليس بضامن له إلا إذا تعدى أو فرط.

(والأجير) العقد وارد على القيام على العين وحفظها؛ هذا هو علة العقد، فمن إتمام القيام عليها وحفظها القيام على ما تولد منها بعد العقد وحفظه، وضمانه كضمان الأصل؛ لأن النماء المنفصل تبع للأصل والعقد يجري على الأصل؛ إلا إذا نص على خروج النماء من العقد أو كان متعارفاً عليه.

(والمستأجر) كمن استأجر دابة فولدت؛ فهل يجري العقد على ولدها؟ هل له الانتفاع بولدها؟

العقد وارد على منافع العين؛ على منافع الدابة وليس على العين، فهو وارد على تملك فرع خاص من فروعها وهو منفعة العين؛ فهل ولدها من منافعها؟

فيه تفصيل:

١ ـ ما تولد من عينه وأصبح عينًا قائمة بذاتها ولا يعتبر أحد منافعه فليس له

الانتفاع بالنماء المنفصل ؛ لأنه ليس من منافع العين ، بينما العقد علىٰ الانتفاع من منافع العين .

٢ ـ أما ما تولد من عينه وأصبح في حكم منافعه عرفًا كثمرة الشجرة ولبن الدابة فله الانتفاع به .

٣ ـ ما كان متولدًا من كسبه كأن يكريه إذ استعماله للكراء من منافعه ؛ فله الانتفاع من أجرة كرائه ؛ لأنها من منافعه .

مسألة: هل يضمن النماء ؟ إذا تمكن المستأجر من تسليم النماء للمؤجر ولم يسلمه فهو ضامن له ، وإذا لم يتمكن من تسليمه إياه فهو غير ضامن له ما لم يتعدّ أو يفرط .

(والوديعة) هي عقد لحفظ العين ، وهو الأصل . فإذا نص علىٰ نمائها المنفصل أو كان متعارفاً عليه فيرجع إلىٰ النص وإلىٰ العرف . أما إذا لم يوجد شيء من ذلك فالمنافع تبع للعين ، وأولادها تبع لها ، فالتبع له حكم الأصل ولم تخرجهم منها علة الحكم ، بل يتحقق في نمائها المنفصل علة الحكم وهو حفظ العين . فإذا جرىٰ العقد علىٰ الأصل ، جري عليه ضمان الأصل ونمائه المنفصل التابع له .

وإذا نص علىٰ عدم دخوله في العقد أو كان متعارفاً عليه وتمكن من تسليمه إياه ولم يفعل فهو ضامن له ، وإن لم يتمكن فهو غير ضامن .

(والعارية) عقد غير لازم ، وهو معقود علىٰ المنفعة ، فالعقد وارد علىٰ تملك منافعها تملكًا مؤقتًا لا علىٰ تملك عينها .

❊ **أولًا:** هل يجري العقد علىٰ نمائها المنفصل ؟ فيه تفصيل :

١ ـ إذا كان نماؤها المنفصل لا يعتبر من منافعها كولد الناقة فإنه لا يتملكها ؛ لأن

العقد على منافعها.

٢ ـ إن كان نماؤها المنفصل يعتبر عرفًا من منافعها كثمر الشجر ولبن المنيحة فإنه يتملكها، كعارية النخل ومنيحة الماشية.

٣ ـ إن كان نماؤها المنفصل متولدًا من كسبها؛ فيرجع إلى عقد العارية، فهل استعارها ليؤجرها ويكريها؟ يرجع إلى العرف «العادة محكمة» أو إلى المنصوص بينهما وإلا فإنه لا يملك نماءها.

* **ثانيًا**: أما الضمان؟ إذا تمكن من تسليم النماء للمعير ولم يسلمه إياه فهو ضامن له، وإذا لم يتمكن من تسليمه إياه فهو غير ضامن له ما لم يتعد أو يفرط لأنه غير داخل في عقد العارية.

(والمقبوض على وجه السوم)

* **أولاً**: ينبغي ضبط المقصود من «المقبوض على وجه السوم»، وهو ما قبضه المشتري وأخذه من البائع على أن يشتريه لو رضي به[1]. فإن قصد بذلك الوعد؛ فهو مجرد وعد وليس عقداً فليس له شيء من النماء، وإنما عليه ضمان النماء كضمان الأصل إلا إذا ثبت عدم تعديه وعدم تفريطه.

* **ثانياً**: فإن قصد به خيار الشرط من جهة المشتري: إن رضيته اشتريته. فقد تعلق به قلبه، فهو متهم به، فعليه ضمانه ما لم يتبين عدم تعديه وعدم تفريطه كالمستأجر.

* **ثالثاً**: فإذا تولد منه فهو يتبع الأصل. فإن اشترى الأصل تبعه نماؤه وإن رده رد نماءه، وإذا ضمنه ضمن نماءه.

(١) علي حيدر؛ درر الحكام (١/٢٨٣).

❊ **رابعاً**: في جريان العقد علىٰ خيار الشرط:

أ ـ إذا كان النماء ابتدأ عند البائع، فالعرف محكم، وإلا فهو للبائع كالثمر المؤبر.

ب ـ إذا كان النماء ابتدأ عند القابض، فله حكم الأصل في جريان العقد عليه.

❊ **خامساً: الضمان**

١ ـ إذا كان العقد جاريًا علىٰ النماء، فضمانه كضمان الأصل.

٢ ـ وإذا لم يكن جاريًا عليه وتمكن من تسليمه للمالك ولم يسلمه كان ضامنًا له.

٣ ـ وإذا لم يتمكن من تسليمه إياه لم يضمنه ما لم يتعد أو يفرط.

(والمقبوض بعقد فاسد) اشترىٰ شيئًا وقبضه بعقد فاسد ونما عنده نماءً منفصلاً بعد العقد.

فيه تفصيل:

١ ـ إذا كان المتعاقدان يعلمان قبل العقد بفساده؛ فالعقد باطل ويده يد غاصب، فنماؤه للبائع وضمانه وضمان أصله علىٰ المشتري.

٢ ـ إذا كانا لا يعلمان بفساده؛ فنماؤه المنفصل الحادث بعد العقد للمشتري ولا ضمان عليه[1].

٣ ـ إذا كان البائع يعلم بفساده دون المشتري؛ فنماؤه المنفصل للمشتري ولا ضمان عليه.

(١) انظر القاعدة (٧٩).

٤ ـ إذا كان البائع لا يعلم بفساده بينما المشتري يعلم بفساده؛ فيده يد غاصب، فليس له نماؤه وعليه ضمانه[١].

فَصْــلٌ

(وأما الفسوخ) الفسوخ جمع فسخ، والفسخ هو حل ارتباط العقد وارتفاع حكمه[٢]، فإذا عقد عقد بيع ثم فسخ إما لعيب أو لغيره فقد حل ارتباط العقد وارتفع حكمه، فلم يعد ثمة عقد بين الطرفين.

(فلا يتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف) فهو للمشتري، فالخراج بالضمان، وقد سبق بيانه في القاعدة الحادية والثمانين في النماء المتصل.

مثال: اشترىٰ سيارة وفيها عيب لم يعلم به المشتري ثم أجّرها أسبوعًا ثم ظهر العيب فرد السيارة: فالأجرة للمشتري وليس للبائع؛ لأن الخراج بالضمان.

(وأما المتولد من العين ففي تبعيته روايتان في الجملة يرجعان إلىٰ أن الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه؟ والأصح: عدم الاستتباع) المتولد من العين للمشتري وليس للبائع، فلا يتبع الأصل في الفسخ لأن الخراج بالضمان، وقد سبق بيانه في القاعدة الحادية والثمانين.

مثال: اشترىٰ ناقة ثم حملت عند المشتري وولدت ثم ظهر فيها عيب فردها إلىٰ بائعها؛ فهل يرد ولدها معها أم لا؟ فيه روايتان.

(الفسخ: هل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه؟) هل الفسخ رفع للعقد من أصله أي من بداية العقد عند الشراء؟ أم من حين ظهور العيب؟ فإن كان من

---

(٢) انظر القاعدة (٧٩).

(١) انظر الموسوعة الفقهية (١٣١/٣٢).

أصله فترد العين مع النماء المتولد منها، وإن كان من حينه فالنماء للمشتري ولا يرد مع الأصل.

والأصح: أن لا يرد الولد مع الأصل، فالنماء لا يتبع الأصل، فيقتضي عدم الاستتباع، وقد سبق تفصيل هذا في القاعدة الحادية والثمانين؛ لأن الخراج بالضمان.

(ويندرج تحت ذلك صور: منها: الزكاة إذا عجلت، وهلك المال وقلنا له الرجوع بها) الأصل أن المال ذا النصاب إذا هلك قبل حولان الحول لا تجب فيه الزكاة. فإذا زكىٰ لسنة مقدمًا ثم هلك المال؟ فالمال لم تجب فيه الزكاة لذهاب النصاب والأصل، بينما هو قد أخرجها مقدمًا؟ فالصحيح: أنه لا يحق له الرجوع فيما أخرجه مقدمًا؛ فلا يرجع بالزكاة ولا بنمائها المنفصل.

ولكن فيه قول آخر: أن له الرجوع فيما أخرجه. لو افترض أن الزكاة التي أخرجها نمت نماءً منفصلًا، كأن أخرج ناقة زكاةً مقدَّمةً فحملت وولدت. فعلىٰ هذا القول هل يرجع بنماء الزيادة المنفصل؟

علىٰ القاعدة أنه يرجع بالناقة ولا يرجع بنمائها المنفصل؛ لأن النماء حدث بعد إخراجها عن ملكه والفسخ لإرجاع العين حدث بعد النماء: فلا يستتبعه النماء وإنما يرجع بالأصل فقط.

(والمبيع في زمن الخيار إذا نمىٰ نماءً منفصلًا ثم فسخ الخيار) هل فسخ الخيار فسخ للعقد من أصله؟ أم هو كالفسخ بالعيب، أي من حينه؟

والصحيح التفصيل:

١ ـ إذا كان خيار الفسخ للطرفين: فالمبيع لم يستقر في ملك مشتريه، ولم يستقر

العقد، ولم يخرج عن ملك البائع، فهو لمالكه البائع، وكذا نماؤه المنفصل لمالكه فهو يتبع الأصل ما لم يستقر العقد.

٢ ـ وإن كان خيار الفسخ للبائع: فالمبيع لم يستقر في ملك المشتري، ولم يخرج عن ملك البائع، فهو يتبع الأصل.

٣ ـ وإن كان الخيار للمشتري: فالنماء يتبع الضمان:

أ ـ فإذا كان الضمان على البائع. كأن يكون في قبضة البائع ولم يمكِّن المشتري من القبض، ثم فسخ العقد: فإذا هلك فالضمان على البائع فالنماء للبائع؛ إذ الخراج بالضمان، والغنم بالغرم.

ب ـ وإذا كان الضمان على المشتري. كأن يكون في قبضة المشتري ثم فسخ العقد فالنماء للمشتري. أو مكن المشتري من القبض فالضمان عليه إذا هلك، فالنماء له إذ الخراج بالضمان، فإذا كان عليه الغرم فله الغنم.

(والإقالة) لغة: الرفع والإزالة.

واصطلاحًا: رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين(١).

(إذا قلنا هي فسخ) للعلماء أقوال في تكييف الإقالة:

القول الأول: هي فسخ؛ وهو قول محمد بن الحسن والشافعية والحنابلة. فعلى هذا فالنماء المنفصل للمشتري الذي بيده الشيء المفسوخ؛ لما سبق من الأدلة، فهو للمقال.

القول الثاني: هي بيع. وهذا قول مالك وأبي يوسف. فعلى هذا فالنماء المنفصل

(١) انظر الموسوعة الكويتية (٥/٣٢٤).

لمن بيده الشيء المقال، فهو للشخص المقال.

فلو قال المشتري للبائع: أقلني. فقال البائع: أقلتك. فهي بيع، إذ باعه المشتري للبائع، ففي الحالتين سواء كانت الإقالة فسخاً أم بيعاً فهو للشخص المقال.

(والرد بالعيب، وفي رد النماء فيه روايتان)

الأولى: يرد النماء مع الأصل.

الثانية: يرد الأصل فقط دون النماء.

وقد سبق تفصيله في القاعدة الحادية والثمانين: إذا كان النماء بدأ من عند البائع فيرد مع المبيع أو ثمنه كلبن المصراة، وإذا كان النماء بدأ من عند المشتري فهو للمشتري فلا يرد.

(وفسخ البائع لإفلاس المشتري) اشترى ناقة على أن يؤدي له المال بعد سنتين، وبعد أن ولدت الناقة أفلس المشتري؛ لمن ولد الناقة؟ النماء للمشتري المفلس إذا بدأ نماؤه بعد شرائه، وهو قول لأحمد. أما إذا بدأ النماء قبل الشراء، كمن باع ناقة وهي حامل فهي للبائع؛ وهو قول لأحمد، وقد سبق ذكر الأدلة في القاعدة الحادية والثمانين.

(واللقطة) التقط شاة على أن يعرفها مدة عام:

أ ـ إذا حدث النماء خلال عام التعريف: فهي لمالكها، فالتبع له حكم الأصل.

ب ـ وإذا بدأ النماء بعد عام التعريف فهي لملتقطها؛ لأنه ملكها، وهو ضامن لها، والخراج بالضمان، وقد سبقت الأدلة في القاعدة الحادية والثمانين.

(ورجوع الأب فيما وهب ولده) يجوز للأب أنه يرجع في هبته لابنه، فلو وهب

ابنه ناقة ثم ولدت عند الابن ثم رجع الأب في هبته، فهذا يجوز؛ لقوله ﷺ: «**لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده**»[(١)]، والقول في هبة الأب كالقول في سابقه:

أ ـ إذا بدأ النماء عند الأب ثم رجع فيه، فالنماء المنفصل يرجع مع الأصل.

ب ـ وإذا بدأ النماء عند الابن، فالنماء للابن.

(**وأما الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ**) فالحقوق إما:

١ ـ أن تتعلق بالعقود: سبق بيانها.

٢ ـ تتعلق بالفسوخ: سبق بيانها.

٣ ـ لا تتعلق بالعقود ولا بالفسوخ. كالإرث وهو حق للورثة دون عقد ولا فسخ، والغصب والتعدي على حقوق الآخرين سواءً في الوديعة أو العارية وغيرها، وصيد الحرم، والجناية.

(**فإن كانت ملكًا قهرًا فحكمه حكم سائر التملُّكات**) مات وترك إرثًا؛ فهو لورثته

---

(١) رواه أحمد (٢٣٧/١) والنسائي (٦٤٨٥، ٦٤٩٨) وأبو داود (٣٥٣٩) صححه الترمذي (٢١٣٢) والألباني في الإرواء (١٦٢٤). ولكن الحديث معلول إذ هذه الزيادة (إلا الوالد فيما يعطي ولده) منكرة؛ إذ رواه حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن طاوس عن ابن عمر وابن عباس به. فخالف فيها حسين المعلم جميع من رواه عن طاوس عن ابن عباس بلفظ «العائد في هبته كالكلب يقيئ ثم يعود في قيئه» دون زيادة الوالد والولد؛ وهُم عبد الله بن طاوس عند البخاري (٢٥٨٩) وأبو الزبير عند النسائي (٦٤٩٧) وعبد الله بن حنظلة عند النسائي (٦٥٠٠). وخالف كل من رواه عن ابن عباس وهُم سعيد بن المسيب عند البخاري (٢٦٢١) ومسلم (١٦٢٤) وعكرمة عند البخاري (٢٦٢٢) وسعيد بن جبير عند أحمد (٣٤٢/١)، وخالف في سنده عن عمرو بن شعيب كلاً من أسامة بن زيد عند أبي داود (٣٥٤٠) وعامر الأحول عند النسائي (٦٤٨٣) الذين روياه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

ملكًا قهريًا.

مثال: غارم مات وترك دابة حاملاً فولدت بعد وفاته، فولدها نماء منفصل؛ ما حكم ولدها؟ هل يقضىٰ الدين من الدابة وولدها؟ أم يقضىٰ من الدابة فقط؟

الأرجح أنه يتبع أمه. فالتبع له حكم الأصل، كما لو باع ناقة حاملاً فهي وولدها للمشتري ولو ردها ردها وولدها.

وإذا ترك دابة غير حامل ثم حملت بعد وفاته قبل أداء دينه وقبل القسمة؛ ما حكم ولدها؟ الصحيح أن الولد يعتبر جزءاً من التركة. أما الدين فهو في ذمة الميت وله تعلق بالعين فيقضىٰ من عينها، وإذا لم تستوف العين غرمه؛ وهل يقضىٰ من ولدها؟ هذا يدخل في العقود لأن الدين عقد. والراجح أن ولدها يتبعها، فيستوفىٰ من ولدها لأن العين تعلق بها الدين قبل حملها ثم حملت فيتبعها. والدين مقدم علىٰ الإرث.

أما صورة الملك القهري بلا عقد ولا فسخ إذا حملت قبل وفاته أو حملت بعد وفاته ثم ولدت قبل القسمة، فهو من التركة فإذا اقتسموا كان الموجود من التركة سواءً حملت به قبل الوفاة أم بعد الوفاة.

(وإن لم يكن ملكًا: فإن كانت حقًا لازمًا لا يمكن إبطاله بوجه كحق الاستيلاد سرىٰ حكمه إلىٰ الأولاد دون الأكساب لبقاء ملك مالكه عليه) الاستيلاد هو تصيير الجارية أم ولد، أي تسرّي الأمة ووطؤها واستيلادها لتصير أم ولد.

وحق الاستيلاد للسيد: لا خلاف في إباحة التسري ووطء الإماء(١). فإذا ولدت من سيدها كان أولادها أحرارًا، بينما هي أمة «أم ولد».

(١) ابن قدامة في المغني (٩/٥٢٧ ـ ٥٢٨)، الموسوعة الكويتية (٤/١٦٤).

فإذا تزوجت بعد ذلك وولدت من غيره كان لذلك الولد حكم أمه في العتق بموت سيدها، فالنماء المنفصل يتبعها. فإذا مات سيدها عتقت وعتق ولدها المملوك معها فهذا حق لازم لا يمكن إبطاله.

أما المال الذي اكتسبته قبل موت سيدها فلا يتبعها، بل يملكه سيدها ملكاً مستقلاً عن ملكها بل يصبح إرثًا للورثة، لبقائه في ملك سيدها كسائر أمواله.

(فإن كانت حقًا لازمًا لا يمكن إبطاله بوجه كحق الاستيلاد) فالحق اللازم هو الذي لا يحق لأحد إسقاطه كالنسب والولاء فلا يباع ولا يوهب، ولا يسقط بحال من الأحوال. ومنها عتقها إذ هو لازم بموت سيدها، ولا يحق لسيدها أن يمنع عتقها بوفاته. وليس كالمدبر: الذي يستطيع فيه سيده أن يتراجع عن تدبيره، فهو غير لازم.

(سرىٰ حكمه إلىٰ الأولاد) فمن ولدته بعد تصييرها أم ولد فله حكم أمه. فعتقه لازم بموت سيده، وهو متعلق بعتق أمه، فالفرع يتبع الأصل. فالنماء المنفصل يتبع الأصل، لأن للأصل حق لازم، فهي عتيقة بموت سيدها؛ وهو قول الجمهور إذ قال ابن قدامة: «ولا نعلم في هذا خلافاً بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد إلا أن عمر بن عبد العزيز قال: هم عبيد»[١].

أدلة قول الجمهور

١ ـ كمن باع دابة وتركها عنده ولم يسلمها للمشتري فولدت، فالأولاد يتبعون أمهم، فالنماء المنفصل يتبع أمه. كذا العتق حق لازم لها بموت سيدها، فهو حق لازم لها منذ أن استولدها بمثابة من باعها.

---

(١) المغني لابن قدامة (١٢/٥٠٧).

نوقش

المشتري قد عقد العقد وملك الأصل فملك ما تولد منه. أما أم الولد فلم تملك نفسها قبل وفاة سيدها، وإنما سيدها يملك ولدها، فأصبح ولدها عيناً قائماً بذاته في ملك سيده منفصلاً عن أمه قبل وفاة سيده.

٢ ـ وكمن باع شجرة ولم يسلمها للمشتري فأثمرت، فثمرتها للمشتري، فالنماء المنفصل يتبع أمه.

نوقش: يقال فيه ما قيل في الجواب السابق.

القول الثاني: قول عمر بن عبد العزيز: «أولادها عبيد». لأن السيد ملكهم قبل عتق أمهم فأصبحوا أعياناً قائمة بذاتها لا يتبعون أمهم، فإذا توفي عتقت دون أولادها. كمن اشترىٰ ناقة فولدت ثم باعها؛ فلا يتبعها ولدها. وجميع أدلة ملكه لكسبها تصلح أن تكون أدلة هنا.

(دون الأكساب لبقاء ملك مالكه عليه) قبل موت سيدها وهي أم ولد إذا عملت وكسبت؛ فالمال لمن؟

أما ما اكتسبته أم ولد قبل موت سيدها فهو لسيدها، ولا تملكه بعد وفاة سيدها.

۞ الأدلة

١ ـ ما زال يملكها في حياته ويملك أولادها من غيره في حياته، ويملك ما كسبته في حياته، ولكن رقبتها عتيقة لازمة مشروطة بوفاته كالوصية.

٢ ـ الحق متعلق بالعتق لا غير؛ ولما تعتق.

٣ ـ كسبها مقابل نفقته عليها وإطعامه إياها وسكناها كالرهن «**الرهن يركب**

بنفقته، ويشرب لبن الدَّر بنفقته إذا كان مرهوناً»[١].

٤ ـ بتسريه لها واستيلادها أصبحت بمثابة العارية عنده مأذون له بأن يكري عليها في الخدمة، فأولادها ملك له، وأما اكتسابها فهو مأذون له فيها.

(وإن كان غير لازم بل يمكن إبطاله) الحق غير اللازم هو الحق الذي يمكن إسقاطه بوجه من الوجوه من قبل المالك أو المستحق؛ لأنه يغلب عليه حق العباد.

كالغصب: فهو حق للمغصوب منه من غير عقد ولا فسخ ويجوز أن يسقط حقه لصالح الغاصب.

وكذا الجناية: يجوز للمجني عليه أن يسقط حقه لصالح الجاني.

والمتعدي على الوديعة أو الأمانة: يجوز للمعتدى عليه أن يسقط حقه لصالح المعتدي.

(إما باختيار المالك) كالمغصوب منه، هو مالك ويجوز أن يسقط حقه.

والمودِع إذا اعتُدِي على وديعته: فهو مالك لها، ويجوز له أن يسقط حقه.

(أو برضى المستحق) كالمجني عليه لو أبطل حقه برضاه، فهذا حق غير لازم في حق المجني عليه؛ لأنه يجوز إسقاطه.

(لم يتبع النماء فيه الأصل بحال) هل نماء الغصب لا يتبع الأصل المغصوب؟ وهل نماء الوديعة المتعدى عليها لا يتبع الوديعة؟ ذكر المؤلف في الأصل في نماء الأمانة المتعدى فيها أنه يتبع الأصل في الضمان، كذا يضمن نماء المنفصل من صيد الحرم إذا دخل تحت اليد الحسية وهو المروي عن أحمد؛ قال صالح:

---

(٢) رواه البخاري (٢٥١١، ٢٥١٢).

سألت أبي عن رجل خان قوماً بمال وكسب فيه مالاً ورد الخيانة؛ أيطيب له الربح؟ قال أبي: يرد الخيانة وربحها علىٰ أربابها[١]. فيتبعه إلا لقرينة: كأن يبطل صاحب الحق حقه.

ولا يُهمل حق المعتدي ولا عقوبته، وقد سبق بيانه في القاعدة التاسعة والسبعين.

مثال: غصب رجل الخيل من مالكها، ثم حملت وولدت عند الغاصب فهذا نماء منفصل؛ فهل يتبع الأصل؟ فنماء الغصب للمغصوب منه، ونماء الوديعة للمودع. فالأصل أن النماء المنفصل يتبع الأصل إلا إذا قَبِل صاحب الأصل بحق المضاربة أو الإجارة أو الإدارة، فهو مخير بين ثلاث حالات، ثم الحاكم يعاقب الغاصب بأن يعزره بدنياً أو مالياً، وقد سبق هذا.

۞ **الخلاصة**: في جميع الحقوق اللازمة وغير اللازمة المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ: فإن النماء المنفصل المتولد من ذات العين يتبع الأصل، وأما الكسب فإن كان مأذونًا فيه أو في حكم المأذون فيه فهو للمأذون له، وإلا فإنه للأصل.

(ويتخرَّج علىٰ ذلك مسائل: منها: الأمة الجانية) جنت أمة فأتلفت شيئًا ما: فإن للمجني عليه حقًا متعلقًا بالأمة من غير عقد ولا فسخ حيث ضمان الإتلاف من رقبتها، فإذا قيمت بمائة ألف وأتلفت شيئًا قيمته مائة ألف، بيعت وأخذ مالك المتلف قيمة ما أتلفته.

هل يتبعها في الضمان أولادها وما كسبته؟

يتبعها في الضمان جميع ما ملكته كالحر يتبعه في ضمانه جميع ما يملكه:

لو كانت هي مالكة لأولادها فإن أولادها يتبعونها في الضمان إذ أولادها عبيد

(١) انظر هامش قواعد ابن رجب (٢/٢٠٦ ـ ٢٠٧).

فهم أموال لها، ولو كانت مالكة لكسبها فإن كسبها يتبعها في الضمان. ولكنها لا تملك أولادها ولا كسبها وإنما يملكهم سيدها، فلا يتبعونها في الضمان كسائر أموال سيدها.

أما لو كانت مكاتبة فإنها تملك كسبها، فهو يتبعها في الضمان.

(ومنه الأمانات إذا تعدىٰ فيها ثم نمت) أودع ناقة عند جاره فتعدىٰ عليها الجار وأطرقها الفحل فحملت فولدت فهو نماء منفصل، ثم ماتت ومات ولدها؟ فهل يضمن الوديع ولدها؟

(فإنه يتبعها في الضمان) فالنماء له حكم الأصل وقد سبقت الأدلة عليه في الغاصب، ويده تعتبر يد غاصب، فالنماء للمغصوب منه للمودِع فهو مالك الأصل. ولكن الحق غير اللازم يمكن إبطاله إما باختيار المالك أو برضىٰ المستحق؛ وهذا هو الصحيح أن النماء المنفصل له حكم الأصل سواءً في الحق اللازم أو غير اللازم.

(تنبيه: اضطرب كلام الأصحاب في الطلع والحمل هل هما زيادة متصلة، أم منفصلة؟) تم تفصيله في القاعدة الحادية والثمانين، وفي هذه القاعدة كذلك. إذا كان العرف يعتبرها منفصلة فهي منفصلة، وتارة يعتبرها متصلة وأنها أحد منافع الأصل فلها حكم المنافع.

۞ المُلَخَّص: النماء المنفصل الحادث قبل العقد لا يتبع الأصل إلا ما كان قبل انفصاله مستتراً أو لا تتعلق به النفوس.

أما الحادث بعد العقد فيتبع العين المعقود عليها، أما إذا كان العقد علىٰ المنفعة فلا يتبع إلا ما كان في حكم التابع لها.

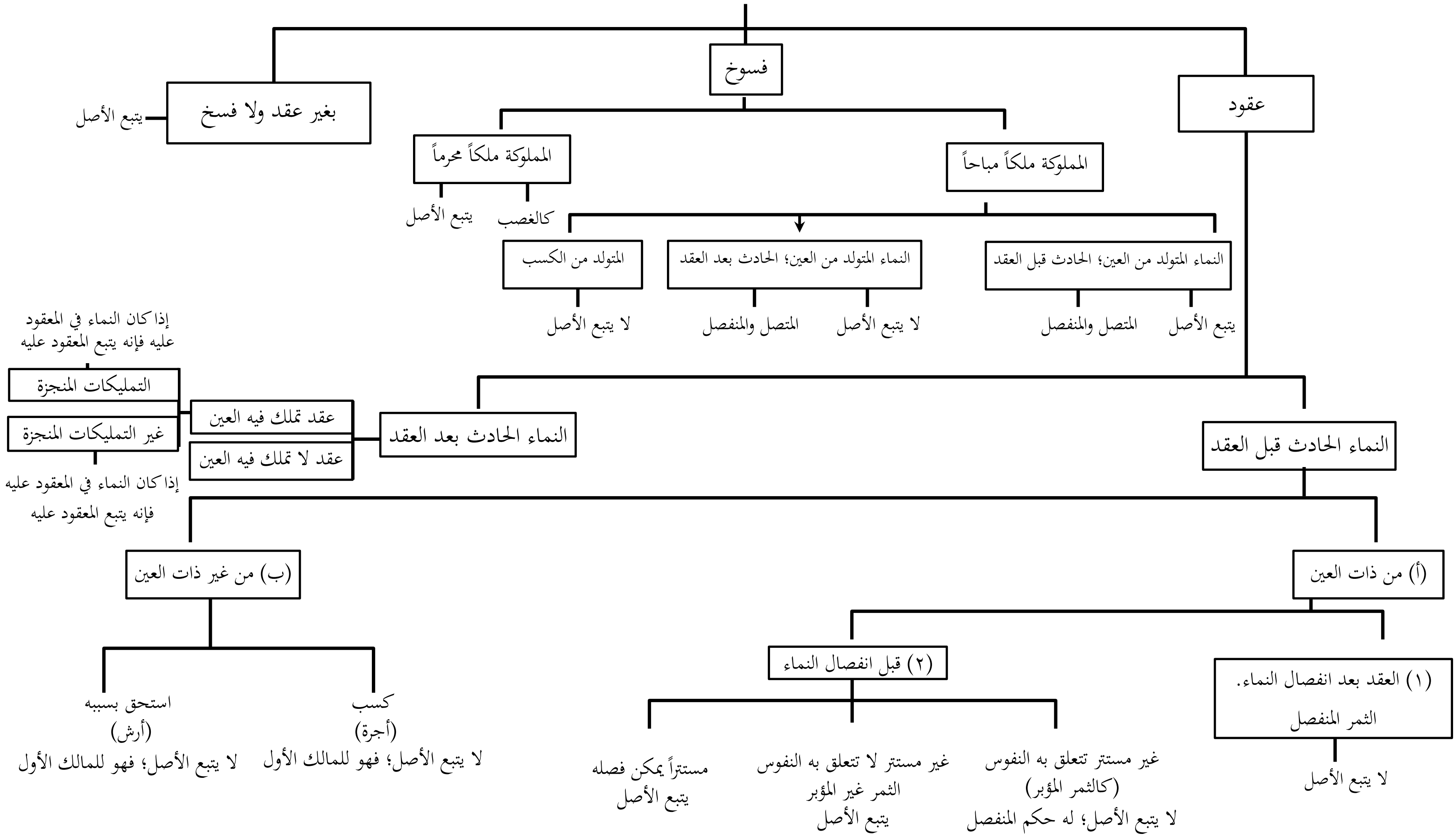
أما الفسوخ فلا يتبع الأصل إلا ما كان حادثاً قبل العقد أو مُلِك ملكاً محرماً.

وأما ما كان منتقلاً بغير عقد ولا فسخ فيتبع الأصل إلا ما كان من غير ذات العين في الحق اللازم.

❑ ❑ ❑

القاعدة الثالثة والثمانون

النماء في النخل



۞ المَتْن

القاعدة الثالثة والثمانون

إذا انتقل الملك عن النخل بعقد أو فسخ يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة، أو بانتقال استحقاق. فإن كان فيه طلع مؤبَّر لم يتبعه في الانتقال، وإن كان غير مؤبر تبعه، كذا قال القاضي.

۞ الشَّرح

هذه القاعدة فرع عن القاعدتين السابقتين وتطبيق لهما، وخصها المؤلف هنا فيما يتعلق بالنخل؛ لأنه في القاعدة الحادية والثمانين تكلم عن النماء المتصل في الفسوخ والعقود وفي القاعدة الثانية والثمانين تكلم عن النماء المنفصل سواء في العقود بأنواعها أو الفسوخ أو الاستحقاقات وهو الحق اللازم وغير اللازم من غير عقد ولا فسخ، وهنا فرّع تفريعاً يتعلق بالنخل.

(إذا انتقل الملك عن النخل بعقد.... يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة) كالبيع. فمن باع نخلاً وفيه:

١ ـ **زيادة متصلة:** كضخامة النخلة وعظمها وطلع غير مؤبر فإنها للمشتري حيث تتبع الزيادة المتصلة أصلها.

٢ ـ **أما الزيادة المنفصلة:** كصنوان النخلة وهي فروع النخلة الخارجة عن أصلها، فإنها للبائع لأنها عين منفصلة عن المبيع؛ وهذا سبق تفصيله في القاعدة الحادية والثمانين والثانية والثمانين.

(أو فسخ يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة) إذا فسخ عقد النخلة التي بيعت:

تبعتها الزيادة المتصلة دون المنفصلة، وقد سبق تفصيل أحكام الزيادة المتصلة والمنفصلة في الفسخ.

١ ـ **الزيادة المتصلة**: هل حدثت تلك الزيادة بعد العقد؟ فهي حينئذ حق المشتري؛ كمهارة العبد.

أم حدثت قبل العقد؟ فهي حق للبائع عند الفسخ؛ كمهارة العبد قبل العقد.

٢ ـ **الزيادة المنفصلة**: لها حكم المتصلة كبدء الحمل؛ هل بدأ قبل العقد أم بعده؟

مثال: اشترىٰ نخلة وحصلت فيها زيادة متصلة أو زيادة منفصلة ثم ظهر فيها عيب فردها إلىٰ صاحبها، فالزيادة المتصلة لمن؟ والزيادة المنفصلة لمن؟

ينظر: هل حدثت هذه الزيادة المتصلة بعد العقد أم قبل العقد؟ فإذا حدثت قبل العقد فيردها مع الزيادة؛ لأن الزيادة لم تحصل عنده بل هي مع الأصل قبل العقد. لكن لو حدثت الزيادة المتصلة عند المشتري فهو أحق بهذه الزيادة، فلو ردها أخذ قيمتها؛ لأنه لا يستطيع أن يفصل الزيادة المتصلة.

وأما الزيادة المنفصلة فلو فسخ العقد بالعيب فالحكم كحكم المتصلة، فإذا كانت الزيادة المنفصلة بدأت عند البائع فهي للبائع فيردها المشتري ويرد الزيادة معها، وإذا حدثت عند المشتري فالزيادة للمشتري.

(أو بانتقال استحقاق) وهي الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير فسخ ولا عقد، فكما سبق بيانه أن النماء يتبع فيه الأصل سواء من ذات عين أو من الكسب، إلا ما كان مأذوناً فيه من قبل صاحب الحق فهي لمن أُذِن له.

(فإن كان فيه طلع مؤبَّر لم يتبعه في الانتقال) فإذا كان الطلع مؤبر أي الثمر مؤبر عند البائع قبل العقد وقبل الفسخ وقبل الاستحقاق فهو للبائع، إلا أن يشترط المشتري؛ لقول النبي ﷺ: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»[1]، فلو اشترى النخلة والطلع غير مؤبر ثم أبره فوجد في النخلة عيباً فرد النخلة فهل يتبعه الطلع المؤبر؟ لا يتبعه؛ فهو للمشتري.

وإذا لم يوجد له مالك فهو يتبع الأصل على التفصيل الذي ذكر قبل.

وتفصيل ذلك:

هل الطلع المؤبر زيادة متصلة أم منفصلة؟ فمن جعله زيادة منفصلة أخذ أحكامها، ومن جعله زيادة متصلة أخذ أحكامها.

أما في البيع وما يتبعه وسائر العقود وكذا الفسوخ وغيرها فهو زيادة منفصلة للحديث. وما سواه فهو كذلك زيادة منفصلة ما لم يتعارف عليه أنه من الزيادة المتصلة إذ «العادة محكمة».

فإذا وجد للأصل مالك وأُبِّر الشجر وهو عنده قبل العقد والفسخ والاستحقاق فهو لمالكه ولا يتبع الأصل، وإن لم يوجد له مالك فهو يتبع الأصل.

والصحيح التفصيل:

١ ـ في العقد: لم يتبع الأصل، لاسيما عقود المعاوضات؛ كمن باع نخلاً مؤبراً فهو للبائع إلا أن يشترط المبتاع.

في بعض العقود كالهبة يعتبر الثمر المؤبر منفعة، فله حكم سائر المنافع، كما

(١) رواه البخاري (٢٢٠٤).

سبق تفصيله.

٢ ـ في الفسخ: إذا أبر وهو في ملك المشتري ثم فسخ فهو للمشتري، سواءً كان المشتري مفلساً أم لا. وإذا أبر عند البائع واشترطه المشتري ثم فسخ البيع رجع للبائع.

٣ ـ في الاستحقاق: كمن أبر نخلة ثم مات.

أ ـ فإذا لم يكن له مالك بعده إلا الورثة فهو يتبع الأصل، فهو للورثة.

ب ـ وإن كان عليه دين وله غرماء فإنه يتبع الأصل، فيصبح للغرماء حق فيه.

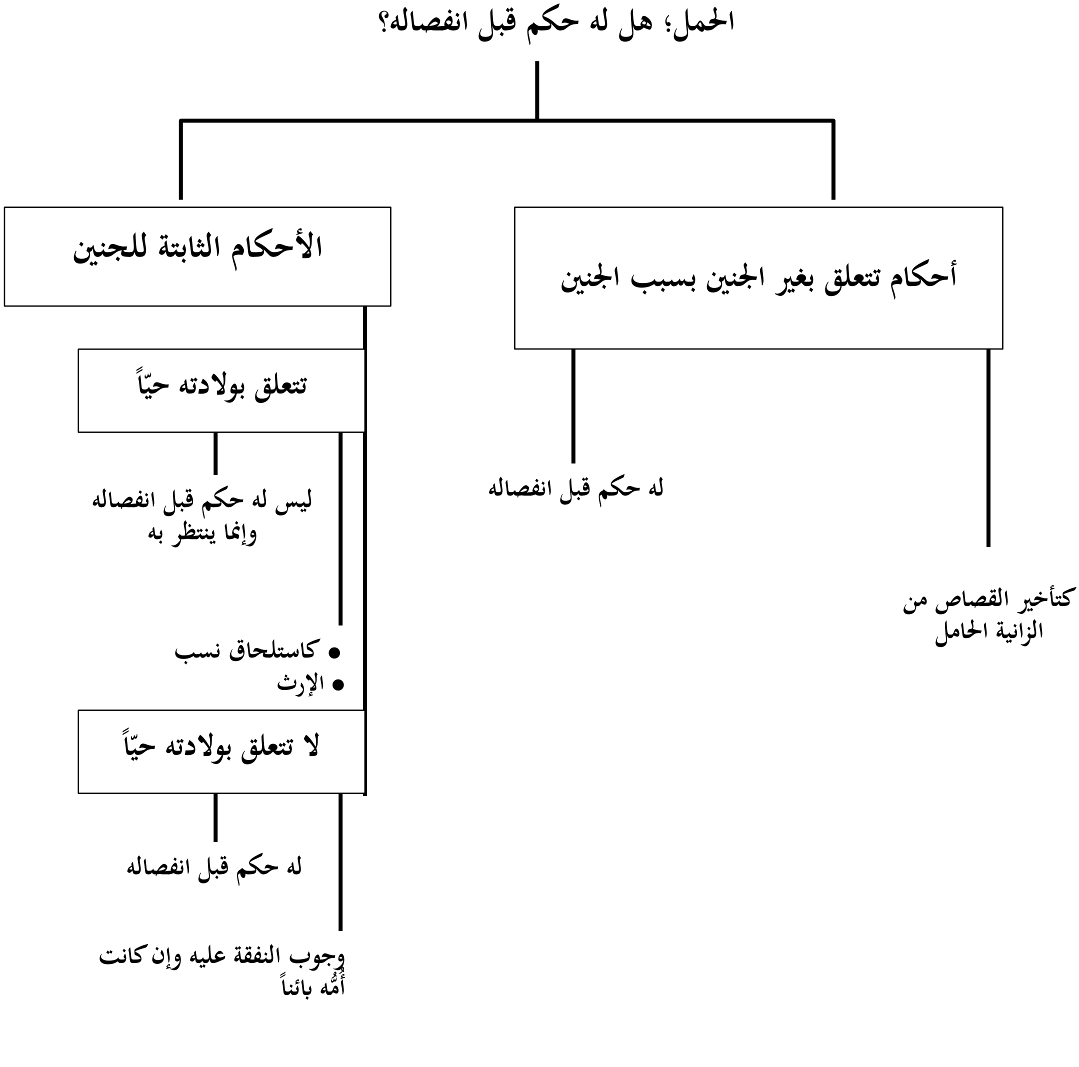
جـ ـ ومن غصب نخلاً ثم أبره، فإنه يتبع الأصل، فيرده للمغصوب منه مع ثمرته المؤبرة، وأما الغاصب فله ثمن المضاربة أو الإجارة؛ ثمن المثل ويشمل كل من هو في حكم الغصب كالمعتدي على الأمانة من وديعة وعارية.

هـ ـ ومن وقف النخل على طلبة العلم مثلاً في المسجد النبوي، فقام الناظر هذا العام بتعيين النخل غير المؤبر لطلبة معينين لتوزيعه عليهم، ثم هم أبروه وملكهم إياه ومكنهم من قبضه، ثم أتى طالب جديد فدخل بينهم في المسجد فلا نصيب له من هذا المؤبر لأنهم ملكوا عينه.

و ـ لكن لو أبره الناظر ولم يقم بتوزيعه ولا التمكين من قبضه، وبعد التأبير دخل طالب جديد فإن التأبير يتبع الأصل، فهو على الشيوع لطلبة المسجد النبوي، فللطالب الجديد حق في ثمرته ولو كان قد دخل بعد التأبير لأنه أصبح من طلبة المسجد النبوي وثمرته موقوفة عليهم جميعاً.

(وإن كان غير مؤبر تبعه) الطلع غير المؤبر لا يعتبر نماءً منفصلاً بل نماء متصل.

القاعدة الرابعة والثمانون



۞ المَتْن

القاعدة الرابعة والثمانون

الحمل ؛ هل له حكم قبل انفصاله أم لا ؟ حكي فيه روايتان ، صحح أن له حكماً. وله أحكام كثيرة: عزل الميراث ، وصحة الوصية له ، ووجوب الغرَّة بقتله ، وتأخير الحدود ، واستيفاء القصاص من أمه حتىٰ تضعه ، وإباحة الفطر لها إذا خشيت عليه ، ووجوب نفقتها إذا كانت بائناً ، وإباحة طلاقها وإن كانت موطوءة في ذلك الطهر ، وغير ذلك من الأحكام. ولم يريدوا إدخال هذه الأحكام في محل الروايتين.

وفصل القول في ذلك: أن الأحكام المتعلقة بالحمل نوعان:

أحدهما: ما يتعلق بسبب الحمل بغيره ، فهذا ثابت بالاتفاق ، لأن الأحكام الشرعية تتعلق علىٰ الأسباب الظاهرة ، فإذا ظهرت أمارة الحمل كان وجوده هو الظاهر ، فيترتب عليه أحكامه في الظاهر. ثم إن خرج حياً تبيّنّاً ثبوت تلك الأحكام ، وإلا فلا. فإذا ماتت كافرة حاملة بمسلم لم تدفن في مقابر الكفار.

النوع الثاني: الأحكام الثابتة للحمل في نفسه من ملك ، وتملك ، وعتق ، وحكم بإسلام ، واستلحاق نسب ونفيه ، وضمان ونفقة. وهذا النوع هو مراد من حكىٰ الخلاف.

۞ الشَّرْح

(**الحمل ؛ هل له حكمٌ قبل انفصاله أم لا ؟ حكي فيه روايتان**) الجنين في بطن أمه هل له حكم أمه قبل خروجه من رحمها إلىٰ الخارج وقبل ولادته ؟ أم له أحكام خاصة به ؟ فيه روايتان:

الأولىٰ: له حكمها ما دام مخفياً في بطن أمه لم يخرج إلىٰ الدنيا.

الأخرىٰ: له أحكام خاصة به وهو جنين.

(صُحِّح أن له حكماً) صحح القاضي وابن عقيل وغيرهما أن له حكم أمه.

(وفصل القول في ذلك: أن الأحكام المتعلقة بالحمل نوعان) الأحكام المتعلقة بالجنين نوعان:

النوع الأول: أحكام تتعلق بغير الجنين بسبب الجنين.

النوع الثاني: أحكام تتعلق بالجنين نفسه.

(أحدهما: ما يتعلق بسبب الحمل بغيره) وهي الأحكام التي تتعلق بغير الجنين بسبب حمل الأم بالجنين: منها تأخير القصاص من قاتل الزوج عمداً، فينتظر ولادة المولود ليؤخذ برأيه.

ومنها الاستيفاء من أمه حتىٰ تضعه لو زنت فحملت به، كما في قصة الغامدية لما حملت من الزنا انتظر بها النبي ﷺ حتىٰ تلد.

وإباحة الفطر لأمه وهي حامل به، كما قال النبي ﷺ: «إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة، وعن الحامل والمرضع الصوم أو الصيام»(١).

ووجوب نفقتها إذا كانت بائناً: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾(٢).

---

(٢) رواه الترمذي (٧١٥) وأبو داود (٢٤٠٨) وحسنه الترمذي وابن حجر في موافقة الخبر الخبر (٤٣/٢) وصححه ابن خزيمة (٢٠٤٢ ـ ٢٠٤٤) والألباني.

(٣) [الطلاق: ٦].

وإباحة طلاقها وإن كانت موطوءة في ذلك الطهر: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾[1] مما يدل على جواز طلاقها وهي حامل في طهر مسها فيه.

(فهذا ثابت بالاتفاق) لما سبق من الأدلة.

(لأن الأحكام الشرعية تتعلق على الأسباب الظاهرة، فإذا ظهرت أمارة الحمل كان وجوده هو الظاهر، فيترتب عليه أحكامه في الظاهر) فلا يقتل قاتل الزوج (قاتل والد الجنين) باعتبار وجود الجنين وحياته إلى أن يولد فيبلغ.

ولا يستوفى من أمه الزانية باعتبار وجوده لئلا يُقتل وهو برحمها.

ويباح الفطر لأمه باعتبار الجنين موجوداً حياً، لئلا يتضرر بصيامها.

وينفق على المطلقة المبتوتة التي لا تستحق النفقة ولكن باعتباره موجوداً، فالنفقة لأجله.

ويجوز طلاقها في طهر مسها فيه، باعتبار تبين حملها وحياته.

(ثم إن خرج حياً تبيّنّاً ثبوت تلك الأحكام، وإلا فلا) إن خرج حياً تبينا صحة تلك الأحكام التي عُمل بها وهو جنين في بطن أمه.

اشترى جارية فبانت حاملاً، وأقر البائع بوطئها، فإن البيع يوقف. فإن ولدت؛ رد البيع لأنها تصير أم ولد، وإن مات قبل خروجه لم تصر أم ولد وصح البيع.

وإن خرج ميتاً أو تبين أنه لم يحدث حمل: تبيّنّاً فساد ما يتعلق من الأحكام به أو بحياته.

مثال: مات عن امرأة حامل وعنده من أخرى ابنان من الذكور، فكيف يقسم

(١) [الطلاق: ٦].

الميراث؟ تعطىٰ الزوجة الحامل الثمن لوجود الأبناء الورثة. وهل تقسم التركة علىٰ الذكرين الاثنين؟ أم علىٰ ثلاثة أبناء؟ أم تقسم علىٰ ابنين وأنثىٰ؛ لأن الجنين قد يكون أنثىٰ؟ أم تقسم علىٰ أربعة أولاد؛ فربما يوجد في بطنها ولدان؟ ينتظر بها إلىٰ أن تلد، فإذا ولدت تبين. فإذا خرج المولود ميتاً فلا شيء له، ولو ولدته ذكراً فيقسم ما تبقىٰ من الإرث علىٰ ثلاثة ذكور، ولو ولدته أنثىٰ يقسم ما تبقىٰ من الإرث علىٰ ذكرين وبنت، وهكذا في سائر الأحكام.

(**فإذا ماتت كافرة حاملة بمسلم لم تدفن في مقابر الكفار**) هذه من صور تلك القاعدة وتطبيقاتها، ذلك أنه يحكم علىٰ الجنين بحياته وإسلامه.

فإذا تزوج مسلم بكتابية فحملت فإنه يحكم بحياة الجنين وكأنه موجود، وما دام أبوه مسلماً أو كان في دار الإسلام فيحكم بإسلام الجنين.

فإذا ماتت الأم ومات معها الجنين فقد ماتت وهي في رحمها مسلم ميت، والمسلم لا يدفن في مقابل الكفار. لذا لا تدفن في مقابر الكفار، بل تدفن في مقابر المسلمين علىٰ قول؛ فالجنين له حكم الموجود الظاهر.

(**النوع الثاني: الأحكام الثابتة للحمل في نفسه**) وهي الأحكام المتعلقة بالجنين لا بغيره، وهي تنقسم إلىٰ قسمين:

أ ـ قسم يتعلق بخروجه حياً: كتملك وصية وارث، وعتق كفارة وغيرها، واستلحاق نسب، وتمليك جنين الناقة لآخر أو بيعه موصوفاً في الذمة.

ب ـ قسم لا يتعلق بخروجه حياً: كقتله وهو في بطن أمه وضمانه، وحكم بإسلامه إذا ماتت أمه وهي حامل به وأبوه مسلم، ونفي نسبه بالملاعنة، والنفقة عليه.

من صوره:

(من مِلك) كمن ملّك جنين أمته المزوَّجة لشخص آخر أو باعه موصوفاً بالذمة، فهو متعلق **بولادته حياً**.

(وتملك) فمن وصىٰ لجنين؛ فإنه ينتظر بالوصية ولا تقسم بين الورثة. فإذا ولد حياً: فله الوصية كاملة، وإذا خرج ميتاً: لم تكن له تلك الوصية، فترجع للورثة؛ فهو متعلق **بولادته حيًّا**.

لو مات أبوه والجنين في بطن أمه: فإنه ينتظر بنصيب الجنين علىٰ أنه ذكر، ويقسم باقي الإرث. فإذا ولد حياً ذكراً أخذ نصيبه، وإذا ولد حياً أنثىٰ أخذ نصيب الأنثىٰ واقتسم سائر الورثة ما تبقىٰ منه، وإذا ولد ميتاً اقتسم الورثة النصيب المدخر له؛ فهو متعلق **بولادته حيًّا**.

(وعتق) من أعتق جنين أمته الحامل به ثم جُني على أمته فسقط الجنين حياً ثم مات، فإن ديته دية الحر دية كاملة، وإن سقط ميتاً فغرة عبد أو أمه؛ فتأثر بخروجه **حيًّا**.

من قتل نفساً خطأً وله أمة مزوجة حامل فأعتق جنينها كفارة قتله، فإذا ولدته حياً فهو حر وتحققت الكفارة، وإن ولد ميتاً وجب عليه عتق رقبة أخرىٰ؛ فهو متعلق **بولادته حيًّا**.

(وحكم بإسلام) مات نصراني وامرأته حامل، فأسلمت امرأته بعد موته ثم ولدته حياً فمات: حُكم بإسلامه؛ لموت أبيه قبل ولادته وإسلام أمه.

(واستلحاق نسب) وهو الإقرار بالحمل. فمن ألحق الجنين بنسبه وأمه حامل ثم مات الأب ثم ولد فإنه يلحق به إذا ولد علىٰ فراشه؛ فهو متعلق **بولادته حيًّا**.

(ونفيه) قبل أن يولد. فإن الزوج يلاعن زوجته إذا ادعىٰ حملها من الزنا وينفىٰ

نسبه؛ وقد ثبت في حديث سهل بن سعد ذاك الذي لاعن زوجته متهماً إياها بالزنا فجاء المولود يشبه المتهم بالزنا؛ فهو متعلق **بولادته حيًّا**.

(وضمان) من ضرب امرأة حاملاً فألقت جنينها ميتاً من الضرب فإنه يضمنه بغرة عبد أو أمة لحديث المرأتين من هذيل التي ضربت إحداهما الأخرىٰ الحامل بحجر فقتلتها وقتلت جنينها، فضمنها النبي ﷺ دية الجنين، وقضىٰ أن دية المرأة علىٰ العاقلة(١).

(ونفقة) قال الله تعالىٰ في المطلقة البائن: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾(٢)، فوجب له النفقة وهو ما زال في الحمل.

فالحمل له حكم قبل انفصاله:

١ ـ إما التوقف إلىٰ ولادته لصالحه؛ منها: عزل ميراثه، والوصية له، وعتق الجنين. وإذا اشترىٰ جارية فبانت حاملاً وأقر البائع بوطئها؛ ردت إليه. وقيل: يتوقف حتىٰ تلد، فربما تكون أم ولد فلا تباع، ويكون ولدها حراً.

ومنها نفي النسب بالملاعنة، أو استلحاق النسب إذا لم تكن ذا زوج أو لم يستلحقه السيد ولم تكن فراشاً.

مثال: أمة حملت وسيدها لم يجامعها، وعندما سُئل سيدها قال: لم أجامعها. فبعد أن ولدت جاء الزاني واستلحق هذا الولد فاعترف أنه زنا بتلك الأمة وأن هذا الولد ابنه. فلمالك الأمة أن يستلحق ابنه من الزنا، كما حصل في قصة عتبة بن أبي وقاص حينما قال لأخيه سعد بأن الولد من هذه المرأة هو ابنه، وكانت المرأة أمة لزمعة، فعندما ولدت أتىٰ ابن زمعة فقال: يا رسول الله، هذا أخي ولد

---

(٢) رواه البخاري (٦٩١٠).

(٣) [الطلاق: ٦].

على فراش أبي. فقال النبي ﷺ: «هو لك»[١]. فلو لم يستلحقه لجاز أن يلحق بعتبة، لاسيما إذا لم يفترشها أي لم يمسها، فلا ينزل عليه الحديث لقوله ﷺ: «الولد للفراش»[٢]، فليست هي فراشاً لمن لم يجامعها. فالجنين يتوقف فيه إلى ولادته، فإذا لم يستلحقه السيد أو صاحب الفراش جاز أن يستلحقه الزاني، وقد استدل شيخ الإسلام ابن تيمية بقصة استلحاق زياد بن أبيه بأبي سفيان.

٢ ـ أو الانتظار [لا التوقف سواء ولد حياً أم ميتاً] لصالح غيره؛ منها: تأخير الحدود على أمه؛ فلو زنت أمه أُخِّر الحد عليها إلى أن يولد كما في قصة الغامدية، وتأخير استيفاء القصاص من أمه؛ فلو قَتلت وهي حامل ينتظر حتى تلد ثم تقاد بالقصاص.

٣ ـ له حكم بلا توقف ولا انتظار لصالح غيره ظاهراً؛ منها: إباحة الفطر لأمه إذا خشيت عليه، ووجوب نفقة أمه إذا كانت بائنة، وإباحة طلاقها وإن كانت موطوءة في ذلك الطهر. وإذا ماتت كافرة حامل بمسلم فإنها لا تدفن في مقابر الكفار لأنه يحكم بإسلام جنينها، وضمان وجوب الغرة بقتله؛ والملاعنة بالحمل، والاستلحاق بالنسب.

وعند بيع الأصل أو إصداقه فإن للجنين حكماً داخلاً في العقد على وجه التبع، وتزداد قيمة الأصل لوجود الجنين؛ فله قسط من العوض؛ وهذا متعارف عليه بالرغم من أنه لم يبع الجنين كأصل منفصل.

۞ المُلَخَّص: للحمل أحكام قبل انفصاله إلا الأحكام الثابتة له المتعلقة بولادته حياً.

---

(٢) رواه البخاري (٢٢١٨).

(١) رواه البخاري (٢٢١٨).

القاعدة الخامسة والثمانون

الحقـــوق

- (١) حق الملك
  - ملك عين ومنفعة
    - كالبيع والهبة
  - ملك عين بلا منفعة
    - العين للورثة وأوصى بثلث منافعها للفقراء
  - ملك منفعة بلا عين
    - مؤقت
      - كالإجارة
    - مؤبد
      - كالوقف والأرض الخراجية
  - ملك انتفاع من غير ملك المنفعة
    - كالعارية
- (٢) حق التملك
  - الشفيع
  - الغنيمة قبل القسمة
  - اللقطة بعد الحول
  - المتحجر مواتاً
  - النبات في أرضه بغير فعل آدمي ولا تركها لأجل أن تنبت
- (٣) حق الانتفاع العام
  - غرز خشبة على جدار جاره
  - إجراء الماء في أرض غيره إذا اضطر
- (٤) حق الانتفاع الخاص (حق الاختصاص)
  - يملك العين
    - كلب الصيد
    - الشحم النجس
  - لا يملك العين
    - السابق إلى المرافق
    - السابق إلى المجلس
- (٥) حق التعلق لاستيفاء الحق
  - المرتهن
  - المجني عليه بالجاني
  - حق الغرماء في التركة
  - حق الغرماء في مال المفلس
  - حق الفقراء في الهدي والأضاحي

❁ المَتْن

القاعدة الخامسة والثمانون

الحقوق خمسة أنواع:

أحدها: حق ملك. كحق السيد في مال المكاتب، ومال القن إذا قلنا: يملك بالتمليك، وما يمتنع إرثه لمانع: كالتركة المستغرقة بالدين على رواية، وكالمحرم إذا مات موروثه وفي ملكه صيد على أحد الوجهين.

والثاني: حق تملك. كحق الأب في مال ولده، وحق القابل للعقد إذا وجب له، وحق العاقد في عقد يملك فسخه ليعيد ما خرج عنه إلى ملكه مع أن في هذا شائبة من حق الملك، وحق الشفيع في الشقص.

وهاهنا صور مختلف فيها: هل يثبت فيها الملك أو حق التملك؟ كحق المضارب، والغانم في الغنيمة قبل القسمة، وحق الزوج في نصف الصداق إذا طلق قبل الدخول، والملتقط في اللقطة بعد الحول، والمتحجر مواتاً، ومن نبت في أرضه كلأ ونحوه.

النوع الثالث: حق الانتفاع. ويدخل فيه صور:

منها: وضع الجار خشبة على جدار جاره، وإجراء الماء في أرض غيره إذا اضطر إلى ذلك في إحدى الروايتين.

النوع الرابع: حق الاختصاص. وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به ولا يملك أحد مزاحمته فيه وهو غير قابل للتموُّل والمعاوضات. ويدخل تحت ذلك صور:

منها: الكلب المباح اقتناؤه، والأدهان المتنجسة المنتفع بها بالإيقاد وغيره، وجلد الميتة المدبوغ، ومرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها فالسابق إليها أحق.

والجلوس في المساجد ونحوها لعبادة أو مباح فيكون الجالس أحق بمجلسه إلىٰ أن يقوم عنه باختياره قاطعًا للجلوس، أما إن قام لحاجة عارضة ونيته العود فهو أحق بمجلسه.

والنوع الخامس: حق التعلق لاستيفاء الحق. كحق المرتهن، والمجني عليه بالجاني، وحق الغرماء في التركة ومال المفلس، وتعلق حقوق الفقراء بالهدي والأضاحي المعينة، ويقدمون بما يجب صرفه إليهم علىٰ الغرماء في حياة الموجب وبعد وفاته.

الشَّرح

(الحقوق خمسة أنواع:

أحدها: حق ملك) حق في عين معينة يملك به صاحبه الشيء من غير توقف علىٰ رضا أو موافقة طرف آخر، وثبت ملكه له شرعًا أو عرفًا، فهو يورث، ويُضمن عند الإتلاف.

(كحق السيد في مال المكاتب، ومال القن)

المكاتب: عبد تعاقد مع سيده علىٰ مال مقسط يؤديه العبد إلىٰ سيده، ويعتق إذا استوفىٰ جميع ذاك المال.

القن: هو العبد الذي مُلِك هو وأبواه، ويتكسب بعمله وبصناعته.

الدليل: قول النبي ﷺ: «**المكاتب عبد ما بقي عليه درهم**»[١].

(**إذا قلنا: يملك بالتمليك**) هل يملك العبد إذا أذن له سيده؟ القول الأول: يملك. الثاني: لا يملك. فمن ذهب إلىٰ القول الأول فللسيد حق ملك في مال العبد. «فله أن يملك من مال مكاتبه وقنه ما شاء لأنه عبد ما بقي عليه درهم»[٢].

(**وما يمتنع إرثه لمانع**) وهو الحق الذي يمتنع انتقاله إلىٰ الورثة لمانع كالدين المستغرق للإرث.

(**كالتركة المستغرقة بالدين علىٰ رواية**) كمن مات وترك ألف دينار وعليه دين ألف دينار، فالأصل أن التركة حق للورثة ولكنه معلق بشرط إزالة المانع والعمل علىٰ ذلك.

۞ الأدلة على كونها حقاً للورثة

١ ـ لأن الدين يتعلق بالذمة، ولا يصح أن يتعلق بذمة التركة؛ والتركة عين.

٢ ـ الدين محله الذمة ويتعلق بالتركة، فيجوز أن يقضىٰ دين المتوفىٰ من غير التركة.

٣ ـ قياساً علىٰ الرهن. فالدائن المرتهن لا يملك الرهن إذا عجز الراهن عن السداد، إنما يملكه الراهن.

٤ ـ لو ترك المتوفىٰ أنعاماً فلا يجب علىٰ الغرماء النفقة عليها مما يدل علىٰ عدم ملكهم لها.

---

(٢) رواه أبو داود (٣٩٢٦) وحسنه الألباني (١٦٧٤)؛ الإرواء.

(١) شرح تحفة أهل الطلب؛ د. عبد الكريم اللاحم (٢٨٧).

٥ ـ لأن نماء التركة لا يتبع المانع.

٦ ـ لا تخلو التركة من أربعة أحوال:

أ ـ إما أن المانع يملك التركة؛ ولا يوجد دليل، ولا يجب عليه نفقتها مما يدل على عدم ملكه لها.

ب ـ أو تبقى للميت، والميت لا يملك.

جـ ـ أو لا تكون لأحد، وهذا لا يصح.

د ـ أو يملكها الورثة ملكاً معلقاً بشرط أداء الدين.

أدلة تعليقه على شرط أداء الدين

لقول الله ﷻ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾(١). فعلق الإرث بالانتهاء من أداء الوصية وأداء الدين، فليس للورثة نصيب إذا استغرق الدين التركة إلا إذا ضمنوه؛ انظر الفائدة الثانية عشر في نهاية القواعد.

(وكالمحرم إذا مات موروثه وفي ملكه صيد على أحد الوجهين): اصطاد الأب غزالًا في جِدَّة وهو حلال بينما ابنه محرم، ثم مات الأب وما زال الابن محرمًا، فللابن حق ملك في صيد أبيه؛ لأن الأب ملك الغزال حلالًا فلما ورثه الابن كان الغزال حلالًا لأبيه.

الدليل: كما اصطاد أبو قتادة وهو غير محرم، فأكل النبي ﷺ والصحابة من صيده(٢) بالرغم من كونهم محرمين، فانتقل إلى المحرمين بعدما صار حلالاً لصائده.

---

(٢) [النساء: ١١].

(١) رواه البخاري (١٨٢١، ٢٥٧٠).

(والثاني: حق تملك) وهو حق لا يملك به صاحبه ذلك الشيء، ولكنه حق يعطي صاحبَه حق طلب تملك ذلك الشيء. فهو مجرد الإمكان والصلاحية للملك، منحه الشارع إياه درءاً لمفسدة أو جلبًا لمصلحة، ولا يفيد ملكًا، ولا يثبت له إلا بالمطالبة.

(كحق الأب في مال ولده) الدليل: قول النبي ﷺ: «**أنت ومالك لأبيك**». فلا يثبت للوالد ملك في مال ابنه إلا بالمطالبة. لذا إذا مات الوالد فإن مال الابن لا يصبح إرثًا تابعًا لتركة والده المتوفى؛ ولكن الحديث فيه كلام[1].

(وحق القابل للعقد إذا وجب له) من أركان العقد:

١ ـ الإيجاب: وهو ما يصدر أولاً من قبل أحد العاقدين لإيقاع العقد.

٢ ـ القبول: وهو ما يصدر ثانياً من قبل العاقد الآخر موافقاً لإيقاع العقد.

(إذا وجب له) أي تحقق الإيجاب. فإذا تحقق الإيجاب من أحد طرفي العقد فإن للطرف الآخر حق تملك الشيء إذا قَبِل، فله الحق أن يتملك ما في العقد وذلك بإظهار القبول، وله الحق أن لا يتملكه إذا لم يقبل.

(وحق العاقد في عقد يملك فسخه ليعيد ما خرج عنه إلى ملكه): اشترى سيارة بعشرة آلاف دينار كويتي، فظهر فيها عيب يمكنه فسخ العقد. فللمشتري الحق في أن يستعيد العشرة آلاف دينار إلى ملكه بالمطالبة بالفسخ، فله حق تملك العشرة آلاف بالفسخ. مع أن في هذا شائبة من حق الملك، فهي دائرة بين حق

---

(٢) رواه ابن ماجه (٢٢٩١) عن ابن المنكدر عن جابر مرفوعاً؛ وهو شاذ، بينما الصحيح عن ابن المنكدر مرسلاً؛ هكذا رواه ابن عيينة عند البيهقي (٧/٤٨٠ ـ ٤٨١)، وكذا أرسله الثوري [علل ابن أبي حاتم (١٣٩٩)] واستغربه الدارقطني والبزار والبيهقي ورجح أبو حاتم إرساله (١٣٩٩) وورد من طرق أخرى معلولة؛ ينظر إلى الإرواء (٨٣٨).

ملك وحق تملك، لكنها أقرب إلىٰ حق التملك.

(وحق الشفيع في الشقص) اشترك رجلان في شراء أرض، ثم باع الأول نصيبه لثالث؛ فللشريك حق المطالبة بحق الشفعة في شراء نصيب شريكه لقول النبي ﷺ: «**الجار أولىٰ بصقبه**»(١).

مسألة: كيف يتوصل إلىٰ أن هذا الحق حق ملك أو حق تملك؟

❊ **أولاً:** حق ملك

ما ورد فيه نص بالتمليك أو بالعرف أو بالعقد سواء علىٰ الشيوع أو بالتعيين. منها: المعقود عليه في عقد البيع بعد تمام العقد، وحق المضارب، وحق المجاهد من الغنيمة، وحق الزوج من نصيب الصداق المسمىٰ للمطلقة قبل الدخول، وحق الورثة من الإرث بعد الدين والوصية.

❊ **ثانياً:** حق تملك

١ ـ ما ورد بالشرع بلفظ: «**فهو أحق**»، مما يدل أن لغيره حقًا ولكنه هو أحق منه. منها حق الشفعة لقول النبي ﷺ: «**الجار أحق بسقبه**»(٢)، والمتحجر مواتًا لقوله ﷺ: «**من أحاط حائطًا فهو أحق به**»(٣)، والمفلس لقوله ﷺ: «**من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره**»(٤)، وفي بعض المنافع كما في الحديث: «**من قام من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به**»(٥).

(٢) رواه البخاري (٦٩٧٧).

(٣) رواه البخاري (٢٢٥٨).

(٤) رواه أحمد (١٢/٢) وفيه عنعنة قتادة والحسن البصري، وكلاهما ثقة مدلس.

(٥) رواه البخاري (٢٤٠٢).

(١) رواه مسلم (٢١٧٩).

٢ ـ أو ورد شرعًا بعدم ملكيته له ولكن له فيه حق ؛ فهو أحق به من غيره عدا مالكها أو ما هو متعلق بمالكها. منها اللقطة بعد تعريفها بعام فهي له ، ولكن إذا جاء صاحبها يومًا من الأيام فليدفعها إليه ، إذ سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب أو الورق؟ فقال: «**اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يومًا من الدهر فأدها إليه**»(١).

ومنها ما طرأ من الماء وغيره في أرضه بعد ملكه للأرض ؛ لقوله ﷺ في الماء الذي طرأ على أرض الزبير رضي الله عنه: «**اسق يا زبير ثم أرسل الماء**»(٢) ، فأمره بإرسال الماء ؛ فهو لا يملك الماء الذي سقى به زرعه ولكنه أحق به.

٣ ـ أو ورد في تخييره بالتملك. منها بيع الخيار ، والوصية لشخص بعينه فهي متوفقة على قبوله.

٤ ـ أو الذي لم يكن له فيه حق أصلًا ولكن الشارع جعل له حقًا درءاً لمفسدة أو جلبًا لمصلحة وهو يشمل جميع ما سبق. منها من وجد متاعه عند مفلس ، وحق الشفعة ، ومال اللقطة.

(وها هنا صور مختلف فيها: هل يثبت فيها الملك أو حق التملك؟

أ ـ (كحق المضارب) دفع مائة ألف دينار لآخر ليستثمر له أمواله على أن يكون لكل منهما نصف الربح ، فربح ربحاً صافياً عشرة آلاف دينار ولم يقسم الربح. فلو مات المضارب ورثه الورثة ، ولو أتلف المالك المال وصافي الربح غرم نصيبه لصالح المضارب ، ولو أسقط المضارب (العامل) حقه منه بقوله «لا حق

---

(٢) رواه البخاري (٩١)، ومسلم (١٧٢٢).

(٣) رواه البخاري (٢٣٥٩).

لي فيه» فإنه لا يسقط لأنه مَلَكه.

فالراجح: أنه حق ملك[١] على الشيوع عند انتهاء العقد أو فسخه أو عند المحاسبة أو عند انتهاء السنة المالية بناء على العقد الذي تم بينهما بأن له نصف الربح، ولكن لا يجوز له بيعه بربح لعدم ضمانه له.

الدليل

١ ـ قال الله تعالى: ﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[٢]. فالمضارب عامل له حق عمله بمقتضى الشرط.

٢ ـ يثبت شرط الربح بمقتضى العقد لقول النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»[٣].

٣ ـ الربح مملوك فلا بد له من مالك، ولكن لا يملك العامل عوضه إلا بانتهاء العقد أو الفسخ.

٤ ـ المحاسبة دليل رضا كل منهما على اقتسام المال.

٥ ـ بالفسخ يتعين معرفة حق كل منهما، ويتبين استحقاق المضارب وأنه يملك الشطر المتفق عليه.

ب ـ **(والغانم في الغنيمة قبل القسمة)**: شارك في القتال والجهاد فغنم الجيش، ولكن قبل القسمة هل له حق تملك أم حق ملك؟ هل يملك شيئًا من الغنيمة أم يُنتظر به حتى يطالب؟

---

(٢) حق ملك وليس حق تملك، فلا ينتظر حتى يطالب بحقه؛ بل كل له حق في نصف الربح.

(٣) [البقرة: ٢٧٩].

(٤) رواه أبو داود (٣٥٩٤) وصححه ابن الجارود (٦٣٧) والألباني (١٣٠٣).

الجزء من الغنيمة الذي رأىٰ الإمام قسمته بين المقاتلين بعد الاستيلاء عليها وبعد خصم الأنفال الذين يرىٰ الإمام تنفيلهم لمصلحة الإسلام والجهاد[١]؛ الصحيح أن له فيها حق الملك، سواءً أحرزت أم لم تحرز لما ثبت «أن النبي ﷺ قسم يوم خيبر للفرس **سهمين وللراجل سهماً**»[٢]، ولكن لا يصح له بيعه بربح لأنه لا يضمنه.

أما إذا لم ير الإمام قسمتها أو الجزء الذي لا يرىٰ قسمته فليس له فيه حق ملك كما في غنائم حنين وأرض السواد.

جـ ـ (وحق الزوج في نصف الصداق إذا طلق قبل الدخول): تزوج امرأة وسمىٰ لها صداقًا عشرة آلاف ثم طلقها قبل الدخول، فلها نصف الصداق قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾[٣]. فهل حق الزوج في النصف حق ملك غير متوقف علىٰ مطالبته به؟ أم حق تملك متوقف علىٰ مطالبته به؟

الأصل أن جميع الصداق للزوج إذا لم يدخل بها بدلالة الحالة الأخرىٰ إذا لم يسمِ الصداق ولم يمسها ﴿مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[٤]، إذ لم ينتفع منها بشيء. ولكن إذا سمىٰ الصداق فإنها تملك النصف قهرًا بمثابة بيع العربون بدلالة الآية ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾. أما النصف الثاني فجبرًا لقلب

---

(٢) انظر مجموع الفتاوىٰ (١٠/٢٨٣)، (١٧/٤٩١ ـ ٤٩٦)، (٢٨/٢٧٠ ـ ٢٧٣).
(٣) رواه البخاري (٤٢٢٨).
(٤) [البقرة: ٢٣٧].
(٥) [البقرة: ٢٣٦].

الزوجة إذا سمى الصداق أن يتنازل عن هذا النصف جلبًا للمصالح قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلۡفَضۡلَ بَيۡنَكُمۡۚ﴾(١) وإن كان النصف الثاني أصل أصيل للزوج ويملكه دون مطالبة؛ فهو يملكه قهرًا.

د ـ **(والملتقط في اللقطة بعد الحول)**: حديث اللقطة: سئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق؟ فقال: «**عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يومًا من الدهر فأدها إليه**»(٢).

فالملتقط يعرّف اللقطة حولًا كاملًا ثم بعد الحول هي وديعة عنده، فإذا جاء صاحبها يومًا من الدهر طالباً لها (جاء طالبها) دفعها إليه. فإذا لم يرد تملكها فهي وديعة بنص الحديث «فهي وديعة عنده». وإذا أراد تملكها فهي بمثابة القرض: إذ ورد الحديث في لقطة الذهب والفضة، ومن المعلوم أن النقود يستعملها لو أراد تملكها، واستعمالها يقتضي دفع بدلها لصاحبها إذا أتى يومًا من الدهر، «فهو يضمنها لمالكها إذا أنفقها بعد الحول»(٣). جميع ذلك يدل على أنه حق تملك لا حق ملك.

فلا تدخل في ملكه حتى يختار، فإذا اختار التصرف فيها فهو ضامن، وإذا اختار عدم التصرف فيها فهو غير ضامن لها لأنها وديعة؛ وهو اختيار أبي الخطاب.

هـ ـ **(والمتحجر مواتًا)**: وهو الذي أحاط أرضًا ميتة بحائط؛ فهل حقه فيها حق تملك أم ملك؟ يرجع فيه إلى لفظ الحديث؛ ففي حديث قتادة عن الحسن عن سمرة: «**من أحاط حائطًا فهو أحق به**»(٤)، وحديث سعيد عن قتادة عن سليمان

---

(٢) [البقرة: ٢٣٧].

(٣) رواه مسلم (٥/١٧٢٢).

(٤) الهداية لأبي الخطاب (١/٢٠٣).

(٥) رواه أحمد (٥/١٢، ٢١) وأبو داود (٣٠٧٧)؛ من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة=

اليشكري عن جابر: «**من أحاط حائطًا فهو له**»(١).

فإذا صح اللفظ الأول فهو دليل على حق التملك إذ دل أن لغيره حقًا ولكن هو أحق به. وإذا صح اللفظ الثاني فهو حق ملك.

ز ـ (ومن نبت في أرضه كلأ ونحوه): يملك أرضاً فنبت فيها كلأ (نبات)؛ فهل حقه في الكلأ حق ملك كسائر أملاكه؟ أم حق تملك؛ فلا حق له في ملكه إلا إذا طالب به؟

التحقيق أن الزرع والنبات له أحوال كما ذكر ذلك شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم:

الحالة الأولى: إذا نبت في أرضه فحازه في قربته أو إنائه فهو له كسائر المباحات إذا حازها في ملكه؛ كالحطب والكلأ والملح وغيرها؛ لقوله ﷺ: «**لأن يأخذ أحدكم حبله فيأتي بحزمة الحطب على ظهره فيبيعها فيكف الله بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه**»(٢).

الحالة الثانية: من تكلف في زراعة النبات والشجر فهو له، ومن تكلف في استخراج الماء من البئر فهو له، وإذا حفر بئراً في أرضه فهو له، وإذا اصطاد سمكاً أو طيراً فهو له. وقد تواترت الأدلة على ذلك، والنصوص مذكورة في

= عن الحسن؛ ورواه الطيالسي (٩٤٨) من طريق هشام الدستوائي عن قتادة به والطبراني في الكبير (٦٨٦٥/٧) عن شعبة عن قتادة وفيه عنعنة الحسن وهو مدلس؛ انظر الإرواء (١٥٢٠، ١٥٥٤)، ورواه مالك (٧٤٣) عن عروة مرسلاً.

(٢) رواه أحمد (٣٨١/٣). وهذا منكر إذ فيه عنعة قتادة واختلاط سعيد بن أبي عروبة إذ تارة يرويه عن قتادة هكذا، وتارة عن قتادة عن الحسن عن سمرة؛ والطريق الأخير وافق فيه هشاماً الدستوائي وشعبة عن قتادة؛ وفيه عنعنة الحسن وهو مدلس.

(٣) رواه البخاري (١٤٧١)، وانظر زاد المعاد (٧٩٩/٥).

كتب المزارعة والمساقاة والبيوع. من ذلك شراء عثمان ﵁ بئر رومة[١] من اليهودي فتملكه عثمان ثم وقفه علىٰ المسلمين.

الحالة الثالثة: ملك أرضًا ولم يزرعها وتركها لينبت فيها الكلأ لينتفع بهذا الكلأ؛ قال شيخ الإسلام ابن تيمية: فهذا بمنزلة استنباته[٢]. فكأنه تكلف في زراعته، فهو يملكه.

الحالة الرابعة: النبات الذي ينبت في أرضه بغير فعل الآدمي، وإنما أنبته **الله** ﷻ في ملك الإنسان أو فيما استأجره[٣]. فهذا له حق تملك؛ فقط لسد كفايته من كلأ وماء لشربه وسقي ماشيته وزرعه. فهو أحق من غيره بالاستقاء منه، فيأخذ صاحب الأرض حاجته ثم يأخذ الآخرون ما زاد.

يدل عليه حديث البخاري أن أنصاريًا خاصم الزبير ﵁ عند النبي ﷺ في شراج الحرة (مسيل الماء من الحرة إلىٰ السهل) التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري للزبير: سرِّح الماء يمر. فأبىٰ عليه الزبير، فاختصما عند النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ للزبير: «**اسق يا زبير ثم أرسل الماء إلىٰ جارك**»، فغضب الأنصاري وقال: أن كان ابن عمتك. فتلون وجه النبي ﷺ فقال: «**اسق يا زبير، ثم احبس الماء حتىٰ يرجع إلىٰ الجدر**[٤] **ثم أرسل الماء إلىٰ جارك**»[٥].

(٢) رواه الترمذي (٣٦٩٩) والدارقطني (٤/١٩٥ ـ ٢٠٠)؛ انظر صحيح البخاري (٢٧٧٨) وتغليق التعليق (٣/٤٢٨ ـ ٤٢٩).

(٣) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٢١٩).

(٤) مجموع الفتاوىٰ (٢٩/٢١٨).

(٥) الجدر: أصول حوائط البستان وهو ما يصل إلىٰ الكعبين.

(١) رواه البخاري (٢٣٦٢)، (٤٥٨٥).

وجه الدلالة:

دل الحديث أن الزبير لا يملك الماء وإنما له حق تملك الماء إلىٰ الجدر مما هو متعارف عليه، فإذا طالب بحقه فهو أولىٰ به، وإلا فإنه لا يملكه؛ فهذا حق تملك.

ولو كان مالكًا للماء لما أمره النبي ﷺ بإرسال ما زاد عن ذلك، ولما أمره النبي ﷺ في البداية أن يكتفي بالسقاية له ولو لم يبلغ الجَدْر.

أما ما زاد فيجب عليه بذل فضله من ماء أو نبات؛ لقول النبي ﷺ: «**ثلاثة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم: رجل كان له فضل ماء بالطريق فمنعه من ابن السبيل، ورجل بايع إمامًا لا يبايعه إلا لدنيا؛ فإن أعطاه منها رضي وإن لم يعطه منها سخط، ورجل أقام سلعته بعد العصر فقال: والله الذي لا إله غيره لقد أعطيت بها كذا وكذا، فصدقه رجل**» ثم قرأ هذه الآية: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾[1]،[2].

ماذا يترتب علىٰ من كان له حق التملك أو حق الملك؟

* **أولاً**: من له حق الملك فإنه:

١ ـ يورث للورثة.

٢ ـ يُضْمن له ولو لم يطالب به، ويبقىٰ في ذمة الآخر إلا إذا أسقطه.

* **ثانياً**: من له حق التملك:

١ ـ لا يرثه الورثة: كمن وجد متاعه بعينه عند مفلس ثم توفي صاحب المتاع قبل مطالبته به.

(٢) [آل عمران: ٧٧].

(١) رواه البخاري (٢٣٥٨).

٢ ـ لا يضمن لو هلك إذا لم يطالب به: كمن ورد علىٰ أرضه سمك أو في هوائه طير فأهلكه أجنبي فلم يطالب به ثم مات.

(النوع الثالث: حق الانتفاع) ما ثبت لشخص أو أكثر من حق أو صلاحية تمنحه استعمال عين ولو لم يملكها، ولا يلزم تملكه للمنفعة؛ ولا يملك تمكين غيره من الانتفاع بسواء بمعاوضة أم بغير معاوضة.

ولا يلزمه أخذ الإذن من الطرف الآخر لينتفع، وهو بمثابة حق التملك ولكن ذاك في العين وهذا في المنفعة.

وهو ينقسم إلىٰ قسمين:

* **الأول**: قسم لا يختص به، إذ يشاركه غيره فيه؛ فهو عام؛ ولا يملك تمكين غيره من الانتفاع وهو الذي سماه حق الانتفاع.

* **الثاني**: قسم يختص به ولا يشاركه فيه غيره؛ ولا يملك المعاوضة عليه وسماه حق الاختصاص؛ وهو النوع الرابع.

(ويدخل فيه صور؛ منها:

أ ـ وضع الجار خشبه علىٰ جدار جاره): لقول النبي ﷺ: «**لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره**»(١)، فيحق للجار أن يضع خشبة علىٰ جدار جاره دون إذنه ما لم يتضرر الجار، ولكن لا يحق له أن يبيع هذه المنفعة، ولا يختص هذا الجار بهذا الحق، إذ للجار الآخر حق الانتفاع بنفس الجدار.

ب ـ وإجراء الماء في أرض غيره إذا اضطر إلىٰ ذلك في إحدىٰ الروايتين): إذا

---

(١) رواه البخاري (٢٤٦٣).

لم يصل إليه الماء إلا بمروره في حائط جاره ويتضرر إذا منع مروره فله إجراء الماء في أرض غيره؛ وهذا فيه روايتان عن الإمام أحمد:

الأولى: يحق له أن يفعل ذلك واختارها ابن تيمية. ولا يختص هذا الحق به إذ لمحتاج آخر هذا الحق.

والثانية: لا يحق له.

الدليل(١)

١ ـ قياسًا على حديث: «**لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره**»(٢)، إذ العلة المتحققة في الخشبة متحققة في الماء، بل أولى.

٢ ـ ورد أن الضحاك أراد أن يمرر ماءً في أرض محمد بن مسلمة إلى أرضه، لكن محمدًا أبى فاشتكاه إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال عمر رضي الله عنه: والله ليمرن به ولو على بطنك(٣).

٣ ـ ما رواه مالك عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه، أنه قال: كان في حائط جده ربيع(٤) لعبد الرحمن بن عوف، فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله إلى ناحية من الحائط هي أقرب إلى أرضه، فمنعه صاحب الحائط، فكلم عبد الرحمن بن عوف عمر بن الخطاب في ذلك، فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله(٥).

(٢) انظر الاختيارات لابن تيمية (١٢/٧ ـ ١٣١).
(٣) رواه البخاري (٢٤٦٣).
(٤) رواه مالك في كتاب الأقضية (٣٤)؛ وهو مرسل.
(٥) نهر صغير.
(١) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب في المرفق (٣٤)، وهو مرسل.

٤ ـ قياسًا على حق الاستطراق للناس والجيران إذا كانت الأرض تحول دون مرور الناس ويتضررون بذلك.

٥ ـ ولأنه نفع للمحتاج لا ضرر فيه على الآخر لاسيما مع شدة الحاجة.

٦ ـ قياسًا على تحريم منع الماعون؛ قال الله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ۝٤ ٱلَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ۝٥ ٱلَّذِينَ هُمْ يُرَآءُونَ ۝٦ وَيَمْنَعُونَ ٱلْمَاعُونَ﴾[1]، وهو الذي يمنع القدر أو الدلو للمحتاج؛ كما فسره عبد الله بن مسعود[2] رضي الله عنه وهو غير متضرر.

٧ ـ القاعدة: «لا ضرر ولا ضرار». إذ لو لم يجر الماء في أرض غيره لتضرر الطالب، ولا ضرر على صاحب الأرض.

٨ ـ قاعدة «الضرر يزال»، فكما أنه لا ضرر عليك فالضرر يزال عن أخيك.

(النوع الرابع: حق الاختصاص) حق الاختصاص هو القسم الثاني من حق الانتفاع، وهو حق للشخص إما:

١ ـ ناتج عن عين يملكها ولكن لا يجوز له بيع منفعتها أو الاستعاضة عنها، فحق الاختصاص أي يختص بالانتفاع بالعين. كتملكه للكلب المباح اقتناؤه للحرث أو الحراسة أو الصيد، وتملكه للشحم النجس كشحم الميتة للإيقاد والطلاء.

فلا يجوز له بيع الشحم النجس أو الكلب، فهو يملك العين وله حق الانتفاع بها، لكن لا يحق له أن يعاوض عليها، فهل غيره يشاركه في حق الانتفاع بهذا الكلب الذي للحرث؟ لا يشاركه غيره ولا يزاحمه في كلبه. وعندما يملك شحم

---

(٢) [الماعون: ٤ ـ ٧].

(١) رواه أبو داود (١٦٥٧) والنسائي (١١٦٣٧) بسند حسن، انظر تفسير ابن كثير.

ميتة فهل يحق لغيره أن يشاركه دون إذن منه؟ لا يشاركه غيره ولا يزاحمه فيه.

٢ ـ منفعة هو أولىٰ بها من غيره، ولا يملك العين. كالسابق إلىٰ مرافق الأسواق والبسطات للبيع فيها؛ وهي مرافق عامة. ومجلسه في المسجد إذا قام عنه لقضاء حاجة عارضة ثم رجع إليه، فلا يحق لغيره أن يجلس فيه لقول النبي ﷺ: «**من قام من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به**»[١]، فهو لا يملك العين ولكن هذه المنفعة مختصة به وله الأولوية.

فهذه حقوق عارضة، والأصل أنها عامة لا يملكها أحد من الناس. أما إذا أصبحت أصيلة، فمنح ولي الأمر أو القاضي أو المالك هذا الحق لشخص فإنها تصبح منفعة مملوكة بشرط المانح، وتدخل في أول نوع وهو حق الملك.

كمن ملك الانتفاع بسكنىٰ بيت أو استعمال سيارة أو استعمال آلة أو جهاز، أو الانتفاع باستعمال دكان للبيع فيه (خلو الدكان)[٢].

(وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به) فينتفع بكلبه الصيد، وبشحم ميتته، وبالمرفق الذي سبق إليه في السوق، ومجلسه في المسجد الذي سبق إليه.

(ولا يملك أحد مزاحمته فيه)

١ ـ إذا كان يملك عينها: فلا يجوز لأحد مزاحمته؛ لأنه يملك العين بينما المزاحم لا يملكها.

٢ ـ إذا كان لا يملك عينها: فقد جعل الشارع له الأولوية في المنفعة والأحقية فيها، فلا تجوز مزاحمته.

---

(٢) رواه مسلم (٢١٧٩).

(١) انظر حاشية الرد المحتار (٤/٥٢١ ـ ٥٢٣).

(وهو غير قابل للتموُّل والمعاوضات) لا يجوز له بيعه، ولا الاستثمار فيه كالإجارة.

أ ـ أما إذا كانت عين يملكها وله فيها حق الاختصاص؛ فقد ورد النهي عن بيعها:

١ ـ فقد «**نهىٰ النبي ﷺ عن ثمن الكلب**»[(١)].

٢ ـ وقال ﷺ: «**قاتل الله اليهود، لما حرّم عليهم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه**»[(٢)].

ب ـ أما المنفعة التي لا يملك عينها؛ فمما يدل علىٰ عدم جواز بيعها:

١ ـ أنه لا يملكها وقد قال النبي ﷺ: «**لا تَبِـع ما ليس عندك**»[(٣)] وفي رواية «**ما لا تملك**»[(٤)].

٢ ـ قال النبي ﷺ: «**لا وفاء للنذر فيما لا يملك العبد**»[(٥)]؛ فإذا لم يجز النذر فيما لا يملكه لم يجز له بيعه.

٣ ـ إذا لم يجز بيع العين التي له فيها حق الاختصاص فعدم جواز بيع منفعتها بدلالة الأولىٰ.

٤ ـ وإنما جعل الشارع له الأحقية للانتفاع بها علىٰ الوجه المنتفع به لاحتياجه إلىٰ منفعتها كالجلوس فيها؛ فإذا باعها فهو مستغن عن الانتفاع بها علىٰ الوجه

---

(٢) رواه البخاري (٥٣٤٦).

(٣) رواه البخاري (٢٢٢٣، ٢٢٢٤) ومسلم (١٥٨١) واللفظ له.

(٤) رواه أحمد (٤٠١/٣) وصححه ابن حزم (٥١٩/٨) والألباني (١٢٩٢)؛ الإرواء.

(٥) رواه أحمد (١٩٠/٢) أبو داود (٢١٩٠).

(١) رواه مسلم (١٦٤١).

الذي من أجله آلت إليه الأحقية، فلا حق له فيها، فإذا لم يكن له حق فيها فقد أكل أموال الناس بالباطل.

٥ ـ لم يشرع له هذا الحق إلا لما له فيه من حاجة الانتفاع لا المعاوضة.

٦ ـ حق شرع لدفع الضرر. فعند المعاوضة عليه دل بأنه لا يتضرر لو فقده، فانتفت العلة(١).

٧ ـ ولأنه حق يسقط برضا صاحب الحق التخلي عنه سواءً بمعاوضة أم بغير معاوضة، وقد تبين رضاه في التخلي عنه(٢).

٨ ـ ليس كل حق يجوز بيعه ولا كل حق يجوز إسقاطه، فالحقوق التي يغلب فيها حق الله تعالىٰ منها ما لا تسقط بوجه من الوجوه كالولاء والبنوة والأبوة والولاية والأمومة؛ ولا يجوز بيعها. وكذا الحقوق التي يغلب فيها حق العباد.

وهو قول الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة(٣).

(ويدخل تحت ذلك صور: منها).

*** أولاً: الأعيان التي يملكها وله فيها حق الاختصاص**

(الكلب المباح اقتناؤه) فهو عين، يملكها المقتني إذ يجوز له اقتناؤه للصيد والحرث والحراسة:

١ ـ لقول الله تعالىٰ: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ﴾(٤)،

(٢) انظر الموسوعة الفقهية (١٨/٣٠)، وحاشية المختار (٤/٥٢٠).
(٣) انظر البدائع (٥/١٢).
(٤) انظر الموسوعة الفقهية (١٨/٢٩ ـ ٣٠).
(٥) [المائدة: ٤].

فيجوز أن يعلم كلبه على الصيد، ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّآ أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَٱذْكُرُوا۟ ٱسْمَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ ۖ وَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ سَرِيعُ ٱلْحِسَابِ﴾(١).

٢ ـ قال النبي ﷺ: «**من اقتنى كلبًا ليس بكلب ماشية أو ضارية نقص كل يوم من عمله قيراطان**»(٢)، فأباح النبي ﷺ اقتناء كلب الصيد (الضارية) وكلب الماشية أي حراسة الماشية فهو خاص به، ولا يجوز له بيعه ولا المعاوضة عليه «إذ نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب». فالمقتني له لا يزاحمه غيره فيه.

(والأدهان المتنجسة المنتفع بها بالإيقاد وغيره) الأدهان عين يملكها المقتني لقول النبي ﷺ: «**إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام**». فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة؟ فإنه يدهن بها الجلود، ويطلى بها السفن، ويستصبح بها الناس. قال: «**لا، هو حرام. قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه**»(٣).

فأباح ﷺ الانتفاع بالشحوم المتنجسة وهي شحوم الميتة، وإذا جاز الانتفاع به صح امتلاكها. وبالرغم من ذلك لا يجوز له بيعها للحديث؛ فالمقتني له لا يزاحمه غيره فيه، فهو يختص به.

(وجلد الميتة المدبوغ) يرى بعض العلماء بأنها نجسة؛ لحديث النبي ﷺ: «**لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب**»(٤)؛ لذا قالوا: هي نجسة. وقيل: بل يطهرها

---

(٢) [المائدة: ٤].

(٣) رواه البخاري (٥٤٨٠).

(٤) رواه البخاري (٢٢٣٦).

(٥) رواه أبو داود (٤١٢٧، ٤١٢٨) عن الحكم عن ابن أبي ليلى عن عبد الله بن عكيم، وعن الحكم أخبرني أُناس أن ابن عكيم أخبرهم. وابن أبي ليلى لم يسمع من ابن عكيم، فالعلة واحدة وهي إبهام الراوي الذي سمعه من ابن عكيم؛ ينظر الإرواء (٣٨).

دباغها. وقيل: بل ينتفع بها في اليابسات منها دون المائعات بدليل:

١ ـ قول النبي ﷺ: «**ألا أخذوا إهابها فدبغوه فانتفعوا به**»[(١)]،

٢ ـ ولما فتح الصحابة رضي الله عنهم فارس انتفعوا بسروجهم وأسلحتهم بينما ذبائحهم ميتة.

٣ ـ انتفاع من غير ضرر (لأنها يابسات)[(٢)].

٤ ـ حديث المرأة ذات المزادتين التي توضأ منها الصحابة، ومن المعلوم أن ذبيحة الكفار ميتة، والمزادتان مصنوعتان من ذبائحهم الميتة.

فعلىٰ قول من يرىٰ جواز الانتفاع بالمدبوغ من اليابسات ولا يرىٰ جواز بيعه: فإنها عين، يملكها المقتني فيجوز له اقتناؤه ولا يجوز له بيعه ولا المعاوضة عليه، فالمقتني له لا يزاحمه غيره فيه.

والراجح أنها طاهرة بعد دباغها ويجوز بيعها والانتفاع بها، فتدخل في حق الملك؛ والله أعلم.

❊ ثانياً: المنافع التي لا يملكها وله فيها حق الاختصاص

(ومرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها؛ فالسابق إليها أحق).

الدليل

١ ـ عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «**من قام من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق**

(٢) رواه مسلم (٣٦٣).

(٣) المغني (١/٥٧).

به»[١]. «فلا يجوز لمن سبق إلىٰ مجلس مباح أن يقام منه»[٢]، فلما كان أحق به بعد رجوعه ثبت أنه حقه قبل أن يقوم[٣].

٢ ـ عن ابن عمر رضي الله عنه قال النبي ﷺ: «**لا يقيم الرجل الرجل من مجلسه ثم يجلس فيه**»[٤]. قال ابن أبي جمرة: مخصوص بالمجالس المباحة إما علىٰ العموم كالمساجد ومجالس الحكام والعلم وإما علىٰ الخصوص كمن يدعو قوما بأعيانهم إلىٰ منزله لوليمة ونحوها... فمن سبق إلىٰ شيء استحقه[٥].

وقال القرطبي: هذا الحديث يدل علىٰ صحة القول بوجوب اختصاص الجالس بموضعه إلىٰ أن يقوم منه... فلا يزاحمه غيره عليه[٦].

وأدخلوا فيه مقاعد الباعة من الأفنية والطرق التي هي غير متملكة؛ فمن اعتاد الجلوس في شيء منها فهو أحق به حتىٰ يتم غرضه، وقال القرطبي: الذي عليه الجمهور أنه ليس بواجب[٦].

ب ـ (والجلوس في المساجد ونحوها لعبادة أو مباح؛ فيكون الجالس أحق بمجلسه إلىٰ أن يقوم عنه باختياره قاطعًا للجلوس، أما إن قام لحاجة عارضة ونيته العود فهو أحق بمجلسه) للحديث: «**لا يقيم الرجل الرجل من مجلسه ثم يجلس فيه**»[٧] والحديث الآخر: «**من قام من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به**»[٨].

---

(٢) رواه مسلم (٢١٧٩).
(٣) ابن بطال شرح صحيح البخاري (٩/٥٢).
(٤) فتح الباري (١١/٦٣).
(٥) رواه البخاري (٦٢٦٩)، ومسلم (٢١٧٧).
(٦) فتح الباري (١١/٦٣).
(٧) فتح الباري (١١/٦٤).
(٨) رواه البخاري (٦٢٦٩)، وانظر فتح الباري (١١/٦٤)، وتحفة الراكع والساجد للحنبلي (٣٨٠).
(١) رواه مسلم (١٢٧٩).

(**والنوع الخامس: حق التعلق لاستيفاء الحق**) وهو حق يمنع مالك العين من التصرف في محل الحق من عينه إلا برضا صاحب الحق أو حتىٰ يستوفي صاحبه حقه، ولا يقتضي تملكًا للعين ولا تمليكًا لها.

مثال: اقترض من شخص خمسة آلاف دينار، فطلب رهنًا حتىٰ إذا لم يسدد القرض يستوفي حقه من الرهن، فرهنه سيارة. فالرهن عند المقرض؛ فهل يحق للراهن التصرف في السيارة بالبيع أو الشراء؟ لا يحق له؛ لأن هذا الحق هو «حق التعلق لاستيفاء الحق»، فالمقرض له حق التعلق ببيع السيارة لاستيفاء حقه وهو الدين إذا لم يوف المقترض دينه، فيمنعه من التصرف ببيع السيارة حتىٰ لا يضيع حقه إلا إذا رضي المقرض للراهن التصرف في السيارة، أو يستوفي حقه من المقرض ثم يسلمه السيارة.

(**كحق المرتهن**) فالراهن لا يجوز له التصرف في الرهن تصرفًا ينقل الملك، ولا تصرفًا يضيع به حق المرتهن حتىٰ يستوفي المرتهن حقه؛ لأن هذا تعريف الرهن: توثقة دين بعين لاستيفاء الدين منها إذا لم يؤد دينه، فهو في الذمة ومتعلق بالعين.

(**والمجني عليه بالجاني**) لو جنىٰ عبد جناية يستحق صاحبها عوضًا دية أو أرشًا فإن المجني عليه يتعلق حقه برقبة العبد. فيباع العبد الجاني، ويستوفىٰ من ثمنه الحق، ويرد الفضل علىٰ السيد، فهو في الذمة ويتعلق بالعين.

(**وحق الغرماء في التركة**) من مات وترك إرثًا وترك دينًا عليه فإن الدين في الذمة ويتعلق بالإرث وبكل جزء منها، فلا ينتقل شيء منها إلىٰ الورثة حتىٰ يوفىٰ الدين كله لقول الله ﷻ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾[1]. فلا ينقل شيء منها إلا بعد استيفاء الدين وكذا الوصية.

(١) [النساء: ١١].

(وحق الغرماء..... في مال المفلس) أفلس وعنده مال يبلغ (١٠٠٠ د. ك) وقد حجر عليه، بينما حق الغرماء (١٠,٠٠٠ د. ك)؛ فإنه يمنع التصرف في ماله حتىٰ يستوفي الغرماء حقهم منه، فهو دين في الذمة ويتعلق بمال المفلس.

(وتعلق حقوق الفقراء بالهدي والأضاحي المعينة ويقدمون) لو عيّن شخصٌ شاةً هديًا تعلق حقوق الفقراء بعين الهدي والأضحية، ولكن لا اختصاص لفقير منهم، وإنما لعموم الفقراء.

(ويقدمون بما يجب صرفه إليهم علىٰ الغرماء في حياة الموجب وبعد وفاته) فإذا عين هدياً أو أضحية للفقراء وعليه دين وله غرماء فإن حقوق الفقراء متعلقة بالهدي لتعين الهدي، بينما ديون الغرماء في الذمة. فتقدم حقوق الفقراء لاستيفاء حقهم من الهدي المتعين لهم علىٰ حقوق الغرماء المتعلقة بالذمة.

الدليل

١ ـ لأنه نذر متعين يجب الوفاء به حيًا وميتًا.

٢ ـ والنذر صورة من صور الدين، قال الله تعالىٰ: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾(١).

٣ ـ قال النبي ﷺ: «**دين الله أحق أن يقضىٰ**»(٢).

٤ ـ دلالة الأولىٰ: إذا أفلس الرجل ووجد أحد الغرماء متاعه بعينه فهو أحق به من سائر الغرماء لقول النبي ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره»(٣)، كذا إذا عين هديًا أو أضحية فهي أولىٰ بالإخراج

---

(٢) [النساء: ١١].

(٣) رواه البخاري (١٩٥٣).

(٨) رواه البخاري (٢٤٠٢).

من سهم الغرماء.

وكذا لو مات؛ فحقوق الفقراء معلقة بالهدي لتعينها في حياته، بينما حقوق الغرماء في ذمته لما كان في حياته.

كذا يقال في الأضحية المعينة، سواءً مات الشخص أم ما زال حيّاً.

مثال: اشتري سيارة بخمسة آلاف وكان عليه دين مائة ألف ثم أفلس ولم يكن معه إلا عشرة آلاف، فإذا طالب الغرماء بحقوقهم ومعهم بائع السيارة فهو أحق بها للحديث. فإذا عين هذه الشاة أضحية ثم طالب الغرماءُ بحقوقهم بعد إفلاسه فالشاة تعينت كتعين صاحب المتاع، فلا حق للغرماء في الشاة. لذا قال: (وتعلق حقوق الفقراء بالهدي والأضاحي المعينة، ويقدمون بما يجب صرفه إليهم على الغرماء في حياة الموجب وبعد وفاته). فإذا عُينت لم يعد لغير الفقراء حق فيها ولا الغرماء، فيقدم الفقراء على الغرماء في هذه الأضحية أو الهدي.

(في حياة الموجب) أي في حياة من عيَّن الهدي والأضحية للفقراء، فهو الذي أوجب هذه الشاة أضحية أو هدياً، فحقوق الفقراء مقدمة على حقوق الغرماء؛ لأن هذا الحق متعلق بالنذر وهو لله ﷻ؛ وكذلك **(بعد وفاته)**.

❁ **المُلَخَّص: الحقوق خمسة أنواع: حق ملك وتملك وانتفاع عام وانتفاع خاص وتعلق لاستيفاء الحق.**

❑ ❑ ❑

فهرس الموضوعات

❑ ❑ ❑